UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POST-GRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO MERCANTIL

NATURALEZA JURÍDICA DEL ¿PROCESO O PROCEDIMIENTO? PREVISTO EN EL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO DE COMERCIO: OPOSICIÓN A LAS DELIBERACIONES CONTRARIAS A LOS ESTATUTOS O LA LEY ACORDADAS POR LA ASAMBLEA GENERAL DE SOCIOS O ACCIONISTAS DE SOCIEDADES MERCANTILES

Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial para optar al Grado de Especialista en Derecho Mercantil.

Autor: Sol María Tirado Zamora
Asesor: Paolo Longo Falsetta

Valera, Marzo, 2002

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POST-GRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO MERCANTIL

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada Sol María Tirado Zamora, para optar al Grado de Especialista en Derecho Mercantil, cuyo título es Naturaleza Jurídica del ¿Proceso o Procedimiento? previsto en el Artículo 290 del Código de Comercio: oposición a las deliberaciones contrarias a los estatutos o la Ley acordadas por la Asamblea General de Socios o Accionistas de Sociedades Mercantiles; considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los 16 días del mes de Noviembre de dos mil.

Paolo Longo Falsetta
C.I. 7.666.665

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POST-GRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO MERCANTIL

NATURALEZA JURÍDICA DEL ¿PROCESO O PROCEDIMIENTO? PREVISTO EN EL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO DE COMERCIO: OPOSICIÓN A LAS DELIBERACIONES CONTRARIAS A LOS ESTATUTOS O LA LEY ACORDADAS POR LA ASAMBLEA GENERAL DE SOCIOS O ACCIONISTAS DE SOCIEDADES MERCANTILES

Por: Sol María Tirado Zamora

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Mercantil, aprobado en nombre de la Universidad Católica "Andrés Bello", por el Jurado abajo firmante, en la ciudad de _____, a los _____ del mes de _____ de _____.

_____ _____

C.I. C.I.

ÍNDICE GENERAL

pp.

PROEMIO vii

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO I
CIRCUNLOQUIOS EN TORNO A LA BASE LEGAL DEL PROCEDIMIENTO DE OPOSICIÓN A LAS DELIBERACIONES CONTRARIAS A LOS ESTATUTOS O LA LEY, ACORDADAS POR LA ASAMBLEA GENERAL DE SOCIOS O ACCIONISTAS EN SOCIEDADES MERCANTILES, SEGÚN EL SISTEMA VENEZOLANO

A. Base Legal del Procedimiento 4

B. Antepasado Legislativo del Artículo 290 del Código de Comercio Venezolano 6

1. Arqueología Jurídico Procesal relacionada con lo mercantil: causas inmediatas de una defectuosa evolución histórica 7
   a. Atavismo europeo en las importaciones legislativas efectuadas a principios del siglo pasado 14
   b. Eslabón perdido o el pecado original del legislador venezolano por omitir importar la segunda etapa contentiva de la solución italiana prevista en el Código Civil de 1942 18

C. Debut y perpetuación del Artículo 290 del Código de Comercio, en el Derecho Positivo Venezolano 20

1. Evolución del artículo 290 del Código de Comercio en la Jurisprudencia Venezolana 21
   a. Sentencia de la Casación civil de 1925 21

pp.

b. Antecedentes del cambio de doctrina de la sentencia rectora de la Casación Civil de 1925 22
c. Sentencia de la Casación Civil de 1975: abandono de la doctrina de 1925 25
2. Breve reseña sobre olvidados anteproyectos venezolanos de Ley de Sociedades de Comercio o Mercantiles 30
a. Anteproyecto de Ley de Sociedades de Comercio 32
b. Anteproyecto de Ley de Sociedades Mercantiles 37

CAPÍTULO II
NATURALEZA JURÍDICA DEL ¿PROCESO O PROCEDIMIENTO? PREVISTO EN EL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO DE COMERCIO VENEZOLANO

A. ¿Proceso o Procedimiento? 42
1. Ubicación cierta de la entrada en vigencia del código de comercio venezolano (1919) en el período histórico adjudicado a: "los procedimentalistas" (1830-1920) 47
2. Divergencia con determinados principios ontológicos del derecho procesal 48
a. Legitimación como filtro impuesto por el artículo 290 del Código de Comercio para oponerse o resistir (exclusión del comisario) 50
b. Autoridad Limitada 58
3. Constitucionalización del Proceso: traslación del sistema programático (1961) al actual operativo (1999) 59
B. Tipología del Procedimiento previsto en el Artículo 290 del Código de Comercio Venezolano 64
1. Procedimiento de jurisdicción voluntaria 66
2. No constituye un verdadero juicio 68

pp.

3. Es un juicio de carácter no contencioso, impulsado por el derecho de revisión del accionista; pero no se trata de una acción de nulidad 69
4. Procedimiento contencioso; pero no cautelar autónomo 71
5. Procedimiento de carácter jurisdiccional dentro del ámbito limitado del derecho de oposición 74
6. Procedimiento de oposición cuyo objeto es la anulabilidad más que la nulidad de la deliberación asamblearia (autotesis) 75

CONCLUSIONES 81

BIBLIOGRAFÍA 84

PROEMIO

Apunta *Le Pera, S.* (1971) al centrar su estudio sobre el tema de las "naturalezas jurídicas" que, su elucidación constituyó:

> <<...para un estilo de ciencia del derecho que comienza en un momento de no fácil determinación y culmina con la escuela histórica y la pandectística alemana, una actividad fundamental a la que se atribuía altísimo valor teorético, y en la que se suponía debía enfrentarse una alternativa de verdad o error>> (p. 11).

Luego, surge la pregunta: ¿Por qué indagar en la actualidad, sobre la naturaleza jurídica de una institución jurídica –como lo es el procedimiento especial de oposición a las resoluciones acordadas por las Asambleas Generales de Socios en lo Mercantil-; cuando *Le Pera, S.* (30 años atrás) afirmó que tal estilo estaba "históricamente periclitado", pues "constituía una moda ya pasada"? El autor hace un recorrido impecable, y en apoyo de su tesis pro holocausto del uso de este recurso, casi mito, cita –entre otros antecedentes- el que Bulygin, E. (1961) a pesar de titular su monografía: "Naturaleza jurídica de la letra de cambio", fue –paradójicamente- a través de ese análisis que se enjuició la actividad indagatoria de las naturalezas jurídicas, en general.

No obstante –continua *Le Pera,* ob. cit.- no puede ocultarse que la referencia a ciertas búsquedas antiguas de naturalezas jurídicas –como sucedió justamente con la letra de cambio-, ilustran las distintas funciones que

ésta cumple antes y después que tal instituto jurídico fuese legislativamente regulado (p. 26).

Por otra parte, el Código de Comercio venezolano que se encargó de regular el procedimiento objeto del presente estudio –en su artículo 290-, es un diplodocus legislativo promulgado el 19 de diciembre de 1919, al que se le unen las reformas parciales de: 1938, 1942, 1945, y finalmente la vigente de: 1955, cuyo ejecútese lo suscribe el controvertido dictador: General Marcos Pérez Jiménez; empero, hay que advertir que el artículo 290, ya había sido incorporado al ordenamiento jurídico, desde la entrada en vigencia del Código de Comercio en 1919.

El artículo 290 del Código de Comercio, viene a significar un claro ejemplo de norma procesal especial importada a un Código que, en la gran mayoría de sus artículos, regula derechos sustantivos, o parafraseando a *De la Plaza, M.* (1948) -al referirse sobre el artículo 71 del Anteproyecto español de Ley de Sociedades Anónimas-, más bien consiste en la "inserción de un procedimiento –sui generis- en una ordenación de derecho material" (p. 416).

Otra excepción al positivismo salvaje que consiste en desorientar la uniformidad del proceso[1], incorporando procedimientos de tratamiento especial en virtud de su materia, a una codificación de mayor peso sustantivo; la constituye el artículo 1.099 C. Com., que reguló el modo de oposición a las

[1] Como prueba, es oportuno citar a *Fairén, V*. (1969) quien resume acertadamente la experiencia española, a través de las siguientes líneas: <<En la actualidad, el número de procedimientos especiales...existente en la legislación procesal española es asombroso, y en gran parte no ha de dudarse que su creación responde a la falta de adecuación del procedimiento ordinario tipo (y también a una mala técnica legislativa)>> (p. 453).

medidas cautelares en lo mercantil, hasta que la hoy reformada Corte Suprema de Justicia, en la reverencial sentencia: “Electrospace” contra “Banco del Orinoco” –ponencia del Conjuez Méndez, A. (1997)-, declaró virtualmente derogado por razones de inconstitucionalidad sobrevenida: el artículo 1.099, con eficiencia jurídica limitada al caso comentado, en lo concerniente a la apelación como única vía jurídico procesal de contradicción (p. 81-82).

Ahora bien, tal solución jurídica plenamente satisfactoria dada en aquella oportunidad, acorde al sistema constitucional programático vigente para la fecha del fallo “Electrospace” (Constitución de 1961), no ha tenido igual fortuna las soluciones: doctrinales, jurisprudenciales y legislativas –ante la ausencia de una Ley de Sociedades- sobre el alcance del artículo 290 C. Com. –que resulta ser el centro y periferia de este estudio-; pues la técnica legislativa del siglo pasado, utilizada en la redacción de la citada norma -entendida según letras de *Fairén, V.* (1953) como: “henchir un solo artículo de ley con todo el procedimiento” (p. 602); se destroza al colisionar contra el muro de contención que representa la garantía del “debido proceso”, ínsita en la actual Constitución (1999), en su artículo 49.

No puede seguir ocultándose el sol con un dedo –siquiera con un planeta entero-, dada la exigüidad procesal del artículo 290 C. Com., que queda como humilde panacea, al omitir ciertas consecuencias o principios exigidos por mandato constitucional (artículo 49, en concordancia con el artículo 7), los que han de ser revisados por el juez teleólogo –al que alude

Peyrano, J. (1993)-, que en vez de practicar una justicia robótica y poco problematizada, se preocupe por concretar un juicio de utilidad entre las diversas soluciones posibles, para de ese modo, escoger aquella cuyas consecuencias prácticas, sean más valiosas (p. 233).

Cual punta del iceberg, se observa la razón de existir del artículo 290 C. Com. –separado de cualquiera de los procesos vigentes-, que podría asociarse al pasaje histórico de que los canonistas (en la alta Edad Media, como sucedía con la *Statuta Communis Novariae* de 1281 y la *Breve Pisani Communis* de 1286), en su anhelo de liberar al proceso de excesos formalistas, trajo como resultado el nacimiento de juicios más acordes a las necesidades de tráfico mercantil mediterráneo –cuna de nuestra legislación-, a los cuales Briegleb –citado por *Fairén, V.* (1969)- denominó: “plenarios rápidos”, cuya característica era la simplicidad, rapidez y comodidad; pero la actual Constitución venezolana (1999) pese a reforzar estos principios en su artículo 26, planteándose además a tenor de lo dispuesto en el artículo 257 eiusdem: “no sacrificar la justicia por formalidades no esenciales”, da entender que, tales exigencias no deben prescindir las garantías implícitas en el “debido proceso” (artículo 49). Esto imprime un giro radical a la visión panorámica del asunto.

Retomando aquel génesis de simplicidad procesal a favor de la celeridad que invita las operaciones mercantiles, éste a su vez, sirve para explicar el porqué se debe la separación que siempre obtuvo la competencia mercantil, en comparación a la civil, pues aquélla asimiló su justicia a la

rapidez que caracteriza su actividad sustantiva; sin embargo hay que advertir que, la justicia no siempre va de la mano de lo expedito, sobre todo, cuando el procedimiento previsto en el artículo 290 C. Com. –que salvo la oralidad, pareciere encuadrar por casuística con la esencia del artículo 26 de la actual Constitución-, no incluye todos los enunciados que garantiza el "debido proceso", en específico la del juez natural (numeral 4, artículo 49 eiusdem).

Se justifica, en pleno siglo XXI, el uso –ya desvencijado[2]- del recurso teorético de la naturaleza jurídica, pues como se aprecia en las líneas que preceden, la construcción del artículo 290 C. Com. obedeció a un prototipo de arquitectura históricamente superado, reflejo de modas legislativas europeas (artículo 163 del Código italiano de 1882) importada a nuestros horizontes sin casi ajustar su talla a la del reciente país usuario, ni mediar preocupación por actualizar su fuente (pues se ignoró el cambio impuesto por el Código Civil italiano de 1942), lo que aunado a la omisión caprichosa del legislador patrio, de no aprobar cualquiera de los Anteproyectos de Ley de Sociedades Mercantiles (el de Goldschmidt, R. –1955-; o el múltiples veces citado por Morles, A. –1989-); desencadenó soluciones improvisadas, que hacen de la jurisprudencia y de la doctrina -en torno al punto- un volcán en erupción.

Hoy no existen dudas que, el mecanismo previsto en el artículo 290 C. Com., ha quedado envejecido y por ende: resulta incapaz de adecuarse al vigente sistema constitucional operativo –conformado por normas de

[2] Término que resulta prestado, cuando no se lee directamente del maestro *Alcalá-Zamora, N.* (1948), en su "Estudio de teoría general, ensenanzas y sugerencias", Tomo I, pág. 323.

aplicación inmediata, en ciertas materias-, que plantea su artículo 49 (referente al “debido proceso”); luego, recobra gran relevancia el presente estudio para la ciencia procesal y mercantil, al intentar aquí despejarse la incógnita del problema jurídico que gira en torno a los criterios doctrinarios y jurisprudenciales, sobre el tipo de procedimiento contenido en el artículo 290, cuyas versiones se circunscriben a seis:

1. Se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria (como lo ha sostenido la Casación Civil venezolana, desde 1972 hasta 1987).
2. No constituye un verdadero juicio –tesis de Vaillatti, G. (1967) y de Hung, V. (1981)-.
3. Es un juicio de carácter no contencioso, impulsado por el derecho de revisión del accionista; pero no se trata de una acción de nulidad –tesis de Fuenmayor, J. (1997)-.
4. Consiste en un procedimiento contencioso; pero no cautelar autónomo –tesis de Ortiz, R. (1998)-.
5. Se considera que el procedimiento en cuestión tiene carácter jurisdiccional, pues existe contención entre partes y decisión de conflicto de intereses por parte del Tribunal, dentro del ámbito limitado del derecho de oposición –tesis de Zerpa, L. (1987)-.
6. Resulta un procedimiento de oposición con efecto preventivo suspensivo, cuyo objetivo es la anulabilidad más que la nulidad –autotesis-.

Por último se descarta la nomenclatura: “proceso”, al no encuadrar la esencia del artículo 290 C. Com., con ciertos principios ontológicos del derecho procesal –sugeridos por *Couture, E.* (1958)-, ni tampoco con la garantía del juez natural (prevista en el numeral 4 del artículo 49 de la Constitución vigente) que forma parte del “debido proceso”, no desarrollado de exclusivo modo programático por normas de rango legal, sino más bien por aplicación directa de la garantía constitucional indicada; a su vez, la citada nomenclatura es concatenada a la ubicación cierta de la entrada en vigencia del Código de Comercio venezolano (1919) en el período histórico de los “procedimentalistas”, el cual oscila entre: 1830 y 1920, y por ende, resulta anterior al período del procesalismo científico –aún presente-.

Aquella semilla (tipología del procedimiento del artículo 290 C. Com.) expuesta bajo el radiante sol de los principios ontológicos del derecho procesal y de cierto enunciado que comporta el “debido proceso”, contribuirá al nacimiento de este Enebro, el que si bien está lejos de alcanzar la altura de un Secoya, una Araucaria o un Cedro; formará sin duda parte integrante de ese frondoso bosque de conífera denominado: “doctrina”, cual punto de quiebre que aclara: No ser necesaria una reforma parcial del Código de Comercio –al menos en lo concerniente a sus despistadas normas procesales-, pues cada juez puede desaplicar el citado artículo 290 por control difuso de la Constitución (sistema programático) o más castizo a la doctrina operativa: aplicando directamente el artículo 49, en concordancia con el primer aparte del artículo 334 y 7 de la Constitución vigente; o, cual origen

que: denuncia la impostergable resurrección de los olvidados Anteproyectos venezolanos de Ley de Sociedades –desde luego adaptándolo a la nueva corriente vertida por el constituyente-, que incentiva la creación de procedimientos virtuales que los jueces teleólogos y no robóticos –a los que alude Peyrano, ob. cit.-, se verán obligados a implementar, ante la desaplicación del artículo 290 C. Com. –por razones de inconstitucionalidad sobrevenida por el actual sistema operativo-, dado el defecto legislativo de haber vaciado en único artículo de ley: todo el procedimiento de oposición de las resoluciones acordadas en asambleas de socios y accionistas en sociedades mercantiles, convirtiendo el campo del Derecho Procesal en una jungla. Es preciso reaccionar ante todo intento de rememorar la continuidad de tal leyenda jurídica, que significa el artículo 290, el cual, algunos comentaristas, aún defienden con desesperados llamamientos a una divinidad misteriosa, para proteger sus obras por medios sobrenaturales y no científicos.

CAPÍTULO I

CIRCUNLOQUIOS EN TORNO A LA BASE LEGAL DEL PROCEDIMIENTO DE OPOSICIÓN A LAS DELIBERACIONES CONTRARIAS A LOS ESTATUTOS O LA LEY, ACORDADAS POR LA ASAMBLEA GENERAL DE SOCIOS O ACCIONISTAS EN SOCIEDADES MERCANTILES, SEGÚN EL SISTEMA VENEZOLANO

A. BASE LEGAL DEL PROCEDIMIENTO

Subyace en el artículo 290 del Código de Comercio (1955), el cual dispone:

> <<A las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley puede hacer oposición todo socio ante el Juez 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 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 de la decisión.
> Si la decisión reclamada fuese confirmada por la asamblea, con la mayoría y de la manera establecida en los artículos 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>>.

El transcrito artículo 290, contiene dos fases perfectamente definidas:

1. *Efecto suspensivo:* El Juez de Comercio del domicilio de la sociedad, escuchando previamente a los administradores, si encuentra que existen las faltas denunciadas puede suspender la ejecución de esas decisiones.

2. *Convocatoria a una nueva asamblea:* El sistema, en este punto, modifica al Código de Comercio italiano de 1882, en el sentido de que no da facultad al Juez para decidir sobre el fondo de la cuestión, sino que le ordena referir la materia a una nueva asamblea, la cual debe convocar, para que esta última decida la suerte de la resolución objeto de impugnación, con el quórum y mayoría establecidos en los artículos 280 y 281 del Código de Comercio.

Previo al desglose de ciertos principios o proposiciones ontológicas procesales, atropellados por la norma objeto de estudio –lo cual se efectuará en Capítulo separado-, es meritorio aportar como base: un recordatorio abreviado de la evolución del proceso en el tiempo –adecuada a la zona limítrofe fijada en los objetivos indicados en el Proemio-, para así ubicar la razón de ser del artículo 290 C. Com., respondiendo a la interrogante: ¿Cuáles circunstancias de índole jurídico, rodearon al legislador importador de 1919 (fecha de promulgación del Código de Comercio venezolano), aceptadas por la doctrina de la época, cuya materia prima era producción exclusiva en el continente europeo?

Sin el avance de este paso, resulta artificial y prematuro llegar a una conclusión que, si bien no resulta acaparadora o monopolio de la verdad científica, al menos, aspira ser considerada: versión sensata.

B. ANTEPASADO LEGISLATIVO DEL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO DE COMERCIO VENEZOLANO

En este tópico, coincidiendo con la investigación de Goldschmidt, R. (1955), y con la Sentencia proferida por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la extinta Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de fecha: 05 de diciembre de 1957 –citada por Fuenmayor, J. (1997)-; el antecedente inmediato o pariente consanguíneo ascendiente en primer grado del artículo 290 del Código de Comercio venezolano, es sin duda, el artículo 163 del Código de Comercio italiano de 1882 –un verdadero diplodocus con más de un siglo de antigüedad a cuestas-, el cual dispone:

> <<Las deliberaciones tomadas por la Asamblea General dentro de los límites del acto constitutivo, del estatuto o de la ley, son obligatorios para todos los socios, aún cuando no hayan intervenido o sean disidentes, salvo las disposiciones del artículo 1.588>>.

La citada norma agrega por variante, en comparación al calcado artículo 290, además del adefesio de la convocatoria a una nueva asamblea para que ésta decida sobre la decisión objeto de oposición, que el Presidente del Tribunal de Comercio (Tribunal Colegiado) puede suspender la ejecución de la decisión de los socios de una persona jurídica en lo mercantil que da inicio al procedimiento, luego de oír a los administradores y a los síndicos (equivalente al Comisario en nuestra legislación) –elemento éste que paradójicamente se acerca más hacia el “debido proceso” de alcance constitucional-.

También podría encontrarse cierto parentesco en el Anteproyecto (1910) de reforma del Libro II del Código de Comercio español –citado por *Pérez, N.* (1949)-, cuyo artículo 89 –después de proscribir todo pacto que prive al accionista de su derecho de voto, y de reiterar el principio de sumisión a lo acordado por la mayoría de la Junta General legalmente convocada y constituída-, establecía lo siguiente:

> <<Contra toda decisión notoriamente incompetente o adoptada en forma irregular por la Junta General, podrá el accionista solicitar el amparo de los Tribunales de justicia>>.

No obstante, *Garriges, J.* (1946) al recorrer el Derecho Comparado en ese punto, tilda el origen de la acción de impugnación de los acuerdos de la Junta General, en el sistema alemán, adoptado –en España- a partir de la Ley de 1884 –que se incorporó más tarde en los artículos 271 y 273 del Código de Comercio-.

1. Arqueología jurídico procesal relacionada con lo mercantil: causas inmediatas de una defectuosa evolución histórica

El intento de combinar históricamente elementos jurídicos doctrinales correspondientes a una cierta época, con otros procedimientos a su vez, de otra, cuyas condiciones sociales y económicas no coinciden con las de aquélla, puede tener grandes consecuencias.

La monografía de *Fairén, V.* (1951)[3], se dedicaba a buscar la causa de una evolución histórica defectuosa del proceso, cuya cita aquí es trascendental, pues curiosamente presenta conexiones con el caprichoso y desadaptado proceso en el Derecho Mercantil.

Ese intento de volver atrás, de retornar al momento histórico en que lo tradicional era real o práctico, es preferible a la adaptación de aquellas normas a la realidad.

De aquí que, cuando el pensamiento director de la obra oscila entre dos direcciones: conservación de lo histórico y tradicional con deseos de urgencia, y empuje de necesaria renovación perdida por la comunidad, su problema reviste un carácter dramático.

No se consigue con ello sino, de un lado, la persistencia del mito errado, y de otro: proliferaciones inútiles, y, por lo tanto, peligrosas, pues exponen a convertir el campo del Derecho procesal en una jungla.

Continúa *Fairen, V.* (1951):

> <<La única solución hacedera estriba en destruir el mito (o bien, lo que es más difícil, convencer a los contumaces de que su creencia es falsa), tomar los elementos históricos útiles y reducir el resto –con todos los honores que merece por la significación que tuvo antaño- a la arqueología jurídica. Y desde luego es preciso reaccionar ante todo intento de rememorar o contribuir a la continuidad de ideas míticas; ello no es hacer ni Historia ni Derecho, sino superstición y leyenda jurídica>> (p. 439-440).

[3] "Proceso, procedimiento, mito jurídico".

Para destruir el aludido mito, el citado autor, realiza un notable recorrido histórico, del cual sólo se transcribirán aquellos pasajes envueltos en extractos de interés, que guarden relación al tema planteado.

Ya en la Edad Media se sentía en general entre los prácticos del Derecho un anhelo de liberar al proceso civil de sus excesos formalistas; entre ellos considerábase a la litis contestatio.

El anhelo de reforma fue llevado adelante por los canonistas (desde Alejandro III, siglo XII, hasta Clemente V) y por los juristas laicos de las ciudades italianas (por ejemplo, *Statuta Communis Novariae* de 1281, *Breve Pisani Communis* de 1286 y numerosos Estatutos posteriores), siempre crecientes en cantidad). El resultado fue obtener unos juicios más conformes a las necesidades del tráfico mercantil mediterráneo, que de acuerdo a Briegleb –citado por *Fairén, V.* (1951)- se denominó: “plenarios rápidos”. Eran muy simples, rápidos y cómodos; en ellos se desarrollaba la oralidad (con cierta elasticidad hasta la escritura, la concentración –favorecida por la preclusión- y el principio de autoridad del juez). Extendidos por toda Europa (extensión no exenta de confusiones), de un lado, su más importante significado a la larga, estriba en ser un paso más en el arrumbamiento de las teorías contractuales en torno a la naturaleza del proceso (basado en la formalista litis contestatio; de otro, su evolución se ha plasmado en los modernos –para mediados de siglo pasado- juicios ordinarios (Briegleb –antes citado-). El contenido de tales juicios se fue extendiendo rápidamente; así puede verse comparando Estatutos de diversas épocas, como, por

ejemplo el de *Forli* de 1369[4], con los de *Lucca* de 1539[5] y *Génova* de 1597[6], que llegaban a dar regulación rápida sobre la base de dicho juicio a *omnibus causis civilibus*. Devenidos en conflicto práctico forense con el *solemnis ordo judicarius,* el antiguo y pesado proceso declarativo ordinario (rigurosamente provisto de litis contestatio), en el choque vencieron los nuevos juicios rápidos. Pronto hicieron cuña en las relaciones internacionales, pasaron a Alemania[7]. Más tarde, este sistema hizo desaparecer al antiguo totalmente, de modo que el moderno proceso alemán es unitario en sus principios (no hay dos sistemas) y basado fundamentalmente en el de los juicios plenarios rápidos (Briegleb). Las medidas de aceleración se adaptaron para todos los tipos procedimentales (p. 443-444).

Sin embargo en España, las cosas no sucedieron enteramente igual. Existía también el anhelo de reformar el proceso civil, haciendo desaparecer su lentitud (ley VII de las *Cortes de Segovia* de 1390), y los juicios rápidos fueron recibidos temporáneamente en esa legislación. A manera de repaso se suscitaron los siguientes instrumentos legales: la *ley de Medina del Campo* de 1494, sobre el "proceso rápido mercantil" (todas ellas sobre procesos de equidad, de los llamados "sumarios irregulares" –según Del Giudice, citado por *Fairén, V.* (1951)- o "indeterminado" –calificativo de Von

---

[4] Libro II, capítulos IX y XII.
[5] Libro I, capítulo XIV.
[6] Libro II, Capítulo II.
[7] Cierto es que la *ordenanza* del *Tribunal de Cameral* de 1495 no los acogió; pero la *Jüngste Reichsabschied* de 1654 creó un sistema procesal propio derivado de los principios de la *Saepe contingit.*

Bayer rechazado por Briegleb, ambos citados por *Fairén*-); la *ley de Toro* de 1480 que crea un proceso civil plenario rápido basado evidentemente en los *estatutarios italianos*[8]; la *ley de Madrid* de 1543, entre otras. Su ámbito de aplicación se fue ampliando también progresivamente, y además, sobre todo en materia mercantil, desapareció la indeterminación procesal –conforme indica Hevia de Bolaños, citado por *Fairén, V.* (1951)-. Pero contra lo racional –y ocurrido en otros paises- no arrastraron a la doctrina a examinar más profundamente sus principios genuinos, sino que, el centro de gravedad siguió siendo perennemente el antiguo juicio ordinario. La doctrina se preocupó constantemente de él, cometió incluso el error de pretender someter a los juicios rápidos a sus principios doctrinales, sin que se les desarrollase científicamente. La ley procesal actual ha seguido la misma orientación; gira en torno a un tipo de proceso descendiente directo del *solemnis ordo judicarius* (y aunque reducidos a formalismos sin otro valor que el dilatorio, en él predominan vestigios de la litis contestatio), en tanto que los juicios plenarios rápidos, que deberían haber suministrado el caudal doctrinal a la ley, han quedado en segundo término. De ahí que se hay acudido al sistema de leyes extravagantes, que intentando desarrollar un programa de técnica procesal a la que la ley es ajena, perforan la unidad del sistema procesal civil español.

[8] Resumidos en el siguiente párrafo contenido en su cuerpo: "...y ver y librar y determinar simplemente y de plano, y sin estrépito y figuara de juicio, solamente sabida la verdad"

Aún cuando el espejo es objeto de préstamo, la figura del proceso venezolano, bien se refleja en aquél.

Hasta aquí emerge la duda: ¿Cuáles han sido las causas inmediatas de esa defectuosa evolución histórica?

Los anhelos de adecuación y practicabilidad en el procedimiento, han venido provocando continuas reacciones contra el proceso solemne. Por ello se ha de estimar que son los errores primitivos, los causantes de la enorme proliferación de procedimientos especiales que aflige a los jueces, abogados y estudiosos del Derecho Procesal. En ocasiones esta proliferación procedimental, basada en el descontento del juicio ordinario, es punto del que se pretende arrancar para descoyuntar la unidad de la jurisdicción. Si la legislación moderna se hubiere concentrado en un procedimiento tipo, producto de un buen estudio de los principios que informaban a la *Saepe contingit* y a los *Estatutos italianos,* es evidente que toda esta flora se reduciría en gran parte. Para ello era preciso haber rebasado a tiempo el estadio en que a lo solemne se oponía lo rápido, sin posibilidad de que los juicios que a esto último respondían (plenarios rápidos) absorbiesen al otro, protegido por el mito del cuasi contrato con formalismo exterior.

Pero en quien se rinde al mito, tarde o temprano surge una reacción de arrepentimiento. Tal arrepentimiento, tardío y parcial, se observa en la experiencia ibérica plasmado en el juicio de menor cuantía (cuyo homólogo en Venezuela lo constituye el “juicio breve” o procedimiento –en término no tan castizo-, que debuta en su respectivo ordenamiento jurídico con la

entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil del 04 de julio de 1916, artículos 700 al 706).

Se dijo que la proliferación de procedimientos especiales existentes en el derecho positivo español, es asombroso –al igual que en Venezuela, que luce algunos trajes con telas de aquél-, y la misma se debe a la falta de adecuación del procedimiento ordinario tipo y a una mala técnica legislativa.

Los "separatismos" de manifestaciones de la jurisdicción –pese a su principio de unidad-, alzan la cabeza y progresan en el argumento arriba resumido; con la agravante de que los nuevos procesos extravagantes se informan en ocasiones, en principios completamente opuestos a los que surgen en el juicio ordinario. Así la evolución procesal española se ha quedado en un estadio inferior, iniciada con la *Saepe contingit,* la cual ha sido admitida y recibida; sin embargo, no ha logrado imperar sobre todo en el campo del proceso declarativo[9], sino que sobre su base se ha creado un ordenamiento; pero a la vez se ha conservado –y conserva su primacía- el ordenamiento más antiguo. Así no es posible una construcción general del procedimiento como categoría procesal autónoma.

La reacción ante este obstáculo se desarrolla actualmente en el sentido de rodearlo en vez de destruirlo, con lo cual el sistema antiguo queda aislado y los muchos sistemas modernos son los que atraen la atención. Tampoco es solución. Si abandonamos el juicio ordinario a su

[9] En Venzuela: "mero declarativo".

suerte o lo modernizamos de modo pacato, no podrá lograr la absorción de los nuevos juicios.

Este caso no es nuevo en la Historia. Hay que recordar cómo en la Edad Media fue el proceso mercantil el que se destacó del civil y avanzó velozmente por el camino de su perfeccionamiento, dejando atrás a éste, harto preocupado con sus vacilaciones doctrinales y no escasamente movidas por los mitos jurídicos. Ello duró hasta que a su vez el proceso civil comenzó a evolucionar, alcanzó en su evolución al mercantil y ambos acabaron fundiéndose en el siglo XIX[10].

Finalmente concluye *Fairén, V.* (1951):

> <<¿Se repetirán estos hechos en el futuro? La Historia enseña que es posible; pero también indica cómo evitar tal destino, para lo cual, es preciso acometer la destrucción de mitos jurídico-procesales. Las armas doctrinales que escaseaban en manos de los legisladores y prácticos del siglo XIV, las poseemos. La situación es, pues, mucho mejor hoy que ayer. Justamente por tal causa aquéllos no pudieron extirpar los mitos que se resistían, en tanto que ahora sí que se puede hacerlo. Lo contrario sería temor reverencial supersticioso>> (p. 454).

a. Atavismo europeo en las importaciones legislativas efectuadas a principios del siglo pasado

Ciertamente la ciencia jurídica alemana del siglo pasado merece la gratitud del mundo ante todo por la distinción que le debemos, entre el derecho material y el derecho procesal (a raíz de la polémica Windscheid –

[10] Sirve de ejemplo la remisión a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, que ordena –vía supletoria- el artículo 1.119 del Código de Comercio venezolano.

1856- contra Muther –1857- que desembocan en una nueva concepción de la acción). En los tiempos de Roma estos dos aspectos del Derecho (material y procesal) no pudieron separarse porque el primero estaba casi envuelto en el segundo. Más tarde, cuando la figura del juez perdió el primado en la escena del Derecho dejándolo al legislador, la oscuridad, en la cual vivió largo tiempo el proceso, no permitió a los juristas concebirlo ni como derecho ni como objeto de aquél.

Precisamente, por mérito de la ciencia alemana, el proceso superó la minoridad, convirtiéndose la “procédure civile” y “pénale” en el “Procezssrecht” –como apuntaló *Carnelutti, F.* (1956), p. 70-; es decir, se alínea el derecho procesal al lado del derecho mercantil. Por ese mérito, el pensamiento alemán dominó a lo largo de todo el ochocientos y aún en los primeros años del movimiento, expandiéndose a la mayoría de los países de cultura occidental.

Naturalmente, en los primeros tiempos de la exportación de este pensamiento, los pueblos importadores no tuvieron plena posibilidad de crítica. Los alemanes eran dominadores y los demás: dominados. Pero poco a poco, como siempre acaece, el entusiasmo cedió el puesto a una valoración más equitativa de los méritos y defectos. En verdad la ciencia procesal alemana es todavía superficial. Su progreso respecto de la ciencia precedente fue, sin duda, muy importante; pero nadie duda que sus cimientos fueron construidos por los italianos, bajo las principales influencias –entre pluralidad de notables forjadores, como: Carnelutti, Francesco,

Rendenti Enrico, Calamandrei Piero, Chiovenda Giuseppe, entre otros-, enunciación ésta que no refleja el orden de ilustración; lista referencial aquélla, que no debe omitir la inclusión de: Sentis Melendo, Santiago –quien si bien ostenta nacionalidad distinta (español)-, pues a él debemos infinito agradecimiento por ser el ingeniero en jefe del sólido puente entre ambas culturas, salvando así el precipicio idiomático. A manera de símil, los alemanes aportaron el terreno, los italianos construyeron el edificio denominado: "proceso".

Para no pecar de fijar por objetivo el descubrir el agua tibia, en materia de evolución del Derecho Procesal, han escrito múltiples autores, tantos como la fama que les precede, entre ellos: *Alcalá-Zamora, N.* (1947), quien al respecto señaló:

> <<Ese procesalismo científico o moderno se suele arrancar...de la obra de Bülow>> (pág. 108).

Sin embargo hay que disipar la errónea creencia de que la obra de Bülow[11], si bien marca poco menos que la línea divisoria entre la nada y el todo dentro de la doctrina procesal, ello –según enseña *Alacalá-Zamora, N. (1947):-*

> <<...no supone que nuestra disciplina, y nada digamos del proceso, nazca de Bülow, ni que éste sea fruto de generación espontánea>> (p. 109).

Alcalá-Zamora, N. –ob. cit.-, en resumen, asegura que:

[11] Titulada: *"Civilprozessualische fitionen und wahrheiten"*.

<<...la evolución del derecho procesal podríamos jalonarla, grosso modo, así: a) Roma; b) Bolonia[12], el derecho común y la Recepción, c) la Revolución francesa y la codificación procesal napoleónica, y d) Bülow (en la doctrina) y Klein (en la legislación). A su vez, tales fases o etapas no son compartimientos estancos, sino momentos capitales, enlazados entre sí, de tal manera que, por ejemplo en Alemania antes de Bülow hay un Wetzell y la polémica Windscheid-Muther acerca de la acción...>> (p. 109-110).

<<...Entonces, ¿qué cambio es el que Bülow y sus continuadores, principalmente los grandes maestros de la edad de oro, introducen respecto de la situación precedente? En mi opinión, las mutaciones que a partir de 1868 (fecha del libro de Bülow) se operan, fundamentalmente, éstas: a) la independización del derecho procesal, que inician, como dijimos, los judicialistas de Bolonia y que se acentúa cuando la codificación napoleónica difunde el modelo de legislación separada, se lleva a sus última consecuencias; b) los conceptos y cuestiones primordiales de nuestra disciplina -la acción, la jurisdicción, el proceso...-[13] se examinan conforme a genuinos criterios de derecho procesal, con lo cual se dilatan sus límites y, en todo caso, se perfilan; c) el estudio de la materia procesal se acomete con enfoque y técnica distintos: mientras los "procedimentalistas" hacían, o Filosofía, de mayor o menor valor y más de la justicia y de la función judicial que del proceso, o descripción de las instituciones procesales, los "procesalistas" hacen Teoría del derecho procesal, incluso acerca del procedimiento, y rompen sus amarras respecto de la Práctica forense, que tanto gravitó sobre aquél; podríamos decir que mientras el "procedimentalista" se detiene en la anatomía del fenómeno procesal, el "procesalista" penetra en su fisiología, y d) la superación del método expositivo, mediante la creciente generalización del sistema en detrimento de la exégesis, aunque en esta dirección queden aún resistencias que vencer. Personalmente, el mérito indiscutible y excepcional de Bülow, el que permite considerarlo fundador del moderno procesalismo, aun cuando no descubridor del derecho procesal...>> (p. 110-111).

---

[12] A partir de esta Escuela que *Chiovenda, G.* –citado por *Alcalá- Zamora*, ob. comentada- denominó: la Roma del derecho procesal; que abarca las tendencias que aquél –en la experiencia española- denominó: "judicialista", "practicista" y "procedimentalista" (p. 105).

[13] Coincidiendo más con Montero, J. (1979), el orden de la "trilogía estructural del proceso" –así bautizada por Podetti-, sería: jurisdicción, acción y proceso.

En síntesis, si un país europeo como: España, tan próximo a la fuente de la ciencia procesal –de data relativamente a estrenar-, que evoluciona a partir de la obra de Bülow –finales del siglo XIX-; aunado a que para el año:1927, apenas los relevistas italianos estaban digiriendo el concepto de preclusión –como *D'Onofrio*-, no resulta apresurado, ni absurdo concluir que: 1919 (fecha de entrada en vigencia del C. Com. venezolano –el cual ya contaba para aquél entonces con la redacción del vigente artículo 290, el que a su vez es descendiente del artículo 163 del Código italiano de 1882-) coincide cronológicamente al período o etapa que el múltiples veces citado *Alcalá-Zamora, N.* (1947) –al proyectar la evolución del derecho procesal-, denominó: "procedimentalista", período éste que oscila entre 1830 y 1920 –según complementa *Montero, J.* (1979)-, y resulta inmediato anterior al "procesalismo científico moderno" y a su Teoría.

b. Eslabón legislativo perdido o el pecado original del legislador venezolano por omitir importar la segunda etapa contentiva de la solución italiana prevista en el código civil de 1942

Se apuntaló en el aparte anterior que el artículo 290 del C. Com., es descendiente del artículo 163 del Código de Comercio italiano de 1882, el cual importó nuestro legislador, adosándole –contrario a la moda procesal- el capricho de convocar una nueva asamblea de socios, para que ésta decida si anula o no la decisión enervada por vía de oposición.

En relación a este sistema, *Garrigues, J.* (1946) dio –de modo indirecto- con la respuesta al pecado original que cometió el legislador venezolano, al omitir la solución italiana prevista en el Código Civil de 1942 (personificando quizás una huida confesada, dada su contraproducente esencia fascista, incompatible al régimen democrático; pero, ¿qué decir de la reforma del Código de Comercio venezolano de 1955, cuyo ejecútese lo suscribe el dictador: Marcos Pérez Jiménez?); es decir, se ocupó de traer el artículo 163 del Código italiano de 1882 (contentivo de la acción de oposición a las deliberaciones de la junta socios); pero no le hizo seguimiento a la transformación posterior (acaecida en 1942), que en torno a la misma hicieran sus creadores. En términos utilizados por *Garrigues, J.* (1946):

> <<El Derecho italiano adapta el sistema de la oposición que puede hacer todo socio frente al Tribunal contra las deliberaciones contrarias al acto constitutivo, al estatuto y a la ley (artículo 163). Se trata de una acción que tiende a declarar inexistente o la nulidad de la deliberación de la junta, y que produce como primera consecuencia la suspensión del acuerdo. El Código Civil de 1942 transforma la acción de oposición en una acción de impugnación (a semejanza del sistema alemán), y la concede a los administradores, a los síndicos y a los socios ausentes o disidentes o con derecho de voto limitado, contra los acuerdos que no se hayan tomado de conformidad con la ley o al acto constitutivo>> (p. 417).

Al no prever el legislador venezolano esa transferencia –efectuada por los exportadores italianos- del viejo sistema de oposición (artículo 163, Código de 1882) al sucesivo sistema de impugnación (Código Civil de 1942) –por ser este último el eslabón perdido o pieza que debió encajarse en

nuestro ordenamiento jurídico, para así disipar la hipertrofia del artículo 290 C. Com.-, queda entonces al descubierto la causa que tal omisión desencadena en la actualidad, pues tan grotesca abstención legislativa, ha obligado a la doctrina a buscar la solución al problema que arrastra la escueta acción de oposición, en el terreno de las nulidades contractuales (artículo 1.346 del Código Civil), cuando se esté en presencia de supuestos distintos a los "manifiestamente contrarios a los estatutos o la ley" (artículo 290 C. Com.), como son: el orden público y las buenas costumbres.

Del recorrido histórico que precede, se desprende la razón de ser del calificativo: "procedimiento" que exhibe el artículo 290 C. Com. venezolano, el cual será –en el próximo Capítulo- cotejado a ciertas proposiciones ontológicas de derecho procesal –sugeridas por *Couture, E.* (1958)- y algunos enunciados que conforman el "debido proceso" (artículo 49 de la Constitución), para así ratificar su naturaleza jurídica género, y definir además su especie (tipología del procedimiento).

C. DEBUT Y PERPETUACIÓN DEL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, EN EL DERECHO POSITIVO VENEZOLANO

El artículo 290 de genes auxiliados por su antepasado italiano (artículo 163, Código de 1882), debuta en nuestra legislación en 1919; pero con un elemento distintivo o tropicalizado, consistente en que el destino final de la deliberación adoptada por la asamblea general de socios objeto de

oposición, será decidida por los socios en nueva asamblea convocada por orden del juez de la causa –de encontrar ciertas las irregularidades denunciadas por el opositor-.

Los términos del artículo 290, mantienen su redacción invariable en las posteriores reformas del Código de Comercio, hechas en 1938, 1942, 1945 y 1955, aunque su correlativo varió, pues en el Código de 1919, el contenido del vigente artículo 290, figuraba en el artículo 295.

1. Evolución del artículo 290 del código de comercio en la jurisprudencia venezolana

Se advierte que la presente versión de evolución del artículo 290 en la jurisprudencia local, se refugia bajo el techo de aquellas sentencias que cobijaron cambios relevantes en la doctrina de la Casación Civil y de ciertos Tribunales de Última Instancia.

a. Sentencia de la casación civil de 1925

La disposición legal que da origen a este estudio, produjo como consecuencia de su entrada en vigencia en el Código de Comercio venezolano (1919), una sentencia rectora de la Casación Civil, de fecha: 13 de octubre de 1925 –publicada en la Memoria de 1926-, de cuyo cuerpo se transcribirá el siguiente extracto:

<< Ahora bien, una decisión contraria a los estatutos es un acto realizado sin haberlos reformado o modificado previamente; y al reconocer expresamente la Ley validez a esas decisiones si son confirmadas por la nueva Asamblea, o virtualmente si no son reclamadas, es porque considera que la voluntad de la sociedad representada por su Asamblea en las condiciones que la misma Ley prescribe, es soberana en estos casos lo cual es esencialmente lógico, si se toma en cuenta que los Estatutos son la obra de la sociedad, y ésta debe tener, en todo momento, el poder de manifestar una voluntad contraria. Hay algo más notable aun, la propia Ley, en la tesis del artículo 295 [14], abdica de su preeminencia ante la voluntad soberana de la Asamblea que es la de la sociedad, árbitra, más que los estatutos y la Ley, de sus intereses y de sus conveniencias económicas; y esto demuestra hasta que extremo lleva la Ley su acatamiento por las decisiones de las Asambleas, cuando, no sólo se resigna a la posibilidad de que se dicten en manifiesta oposición con sus disposiciones, sino que a pesar de esto, les imprime el sello de la más perfecta validez si no son reclamadas o si son confirmadas en una nueva Asamblea>>. (p 399 y s.s.).

b. Antecedentes del cambio de doctrina de la sentencia rectora de la casación civil de 1925

Tradicionalmente se venía respetando la jurisprudencia establecida por la Casación Civil –parcialmente transcrita supra- (1925), en el sentido que el alcance y contenido del artículo 290 C. Com., referente a lo decidido por la asamblea de socios, tenía preeminencia sobre los Estatutos y la ley, pues constituía preclusivamente la manifestación de voluntad y la ley; aún cuando sobre el orden público y las buenas costumbres, el fallo omitió necesario pronunciamiento.

[14] Hoy artículo 290 C. Com.

Este enfoque fue alterado por la sentencia del 02 de enero de 1959, proferida por la Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil de la extinta Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, la cual, a través de una serie de argumentos transcritos más adelante, abrió una brecha que sirvió de justificación para admitir la acción de nulidad (prevista en el artículo 1.346 del Código Civil) contra las decisiones de una asamblea de socios legalmente constituida de una sociedad mercantil. Lo limitado de este trabajo impide transcribir in extenso el texto de la sentencia; pero del largo análisis que hace sobre el artículo 290 C. Com., en específico de su parte motiva, se desprende la musa de la inspiración que sedujo a la Sala de Casación Civil de la reformada Corte Suprema de Justicia (1975), para apartarse de la interpretación ortodoxa de la sentencia de 1925, tras dedicarle fidelidad ininterrumpida durante 50 años.

La citada Corte Superior, basada en el alcance de la cosa juzgada material, consideró, para desviarse del camino que transitaba la sentencia de 1925, estos argumentos –tomados de Fuenmayor, J. (1997)-:

> <<...Respecto a la situación de aquellos socios que habiendo denunciado ante el Juez de Comercio una decisión como contraria a la Ley o a los Estatutos, éste la desechare por considerarla infundada, considera el juzgador que la acción de impugnación precluye para los que la intentaron, pasando a cosa juzgada por ser ello la intención de la ley a la cual debe recurrirse en cada caso, por las siguientes razones: pluralidad de acciones que el artículo 290 del Código de Comercio confiere a los socios por hacer oposición ante el Juez de Comercio y obtener mediante una nueva Asamblea la anulación de otra anterior que ofrece precisamente un caso de acciones concurrentes. En estos casos el objeto del juicio lo constituye la sola acción del socio o de los socios que ha

> propuesto la impugnación, de suerte que, en caso de rechazo, la sentencia no tiene otro contenido que el de declarar la inexistencia de la acción propuesta, sin prejuzgar ni precluir la acción de otros socios que no fueron deducidas en juicio. Por eso no puede deducirse que este fallo de rechazo resulte contradicho por el de anulación, necesariamente total, que otro socio pueda obtener separadamente, por lo que la acción acogida es otra, si bien tendente al mismo resultado...>> (p. 188).
>
> <<...De admitir que ello sea posible, o sea, que habiéndose rechazado la oposición por medio del procedimiento especial contemplado en el artículo 290 del Código de Comercio, pudiera luego intentarse la acción de nulidad de tales decisiones por medio de una acción ordinaria, tendríamos que aceptar que podría ser nuevamente discutido lo que fue objeto de un proceso anterior como consecuencia de no haberse discutido en él una cuestión que pudo haber sido, pero no lo fue, lo cual es inadmisible, ya que si en el juicio el demandado no opuso una serie de deducciones defensivas que habría podido oponer y fue condenado, hasta ella se extiende la cosa juzgada>> (p. 189).

Esta jurisprudencia había sido precedida por otra del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la citada Circunscripción Judicial, de fecha: 05 de diciembre de 1957, en la cual se sostuvo:

> <<En el Código de Comercio italiano, base y antecedente de nuestro Código de Comercio, se reconoce que el procedimiento sumario, que es el contemplado en el artículo 290 de nuestro Código, orientado a obtener la suspensión transitoria de una decisión manifiestamente contraria al acto constitutivo, o la Ley, o a los Estatutos, es distinto a la acción ordinaria tendente a conseguir la anulación de la decisión impugnada[15]; no ve el juzgador el por qué entre nosotros se vaya a sostener jurídicamente el único procedimiento que tenga un socio contra una decisión inícua tomada por la asamblea de una compañía sea el procedimiento expedito y

[15] Se acerca más a la verdad calificar la acción contenida en el artículo 290 C. Com., de: “oposición”, por aquello del eslabón legislativo perdido, al no considerar importar nuestro legislador el cambio del sistema fuente (de oposición) previsto en el Código italiano de 1882 (artículo 163) al subsiguiente, de: “impugnación”, acogido en el Código de 1942.

sumario del artículo 290 del Código de Comercio, el cual únicamente puede ejercer dentro de los quince días ya indicados para obtener la suspensión de la decisión y convocatoria de una nueva asamblea que decida sobre el punto. El acuerdo de la asamblea si es confirmatorio de la decisión impugnada, no tiene a nuestro criterio otro efecto que dar por consumada la obligatoriedad de la decisión, sin que ello implique pronunciamiento sobre la validez de la misma, cuestión que corresponde a la jurisdicción ordinaria[16], y por ello, puede también el socio, sea porque no ejerció la oposición en el término[17] fatal del artículo 290, tantas veces citado, sea porque la asamblea hubiese confirmado la decisión controvertida, ocurrir a la vía ordinaria en demanda de nulidad de la decisión que considera violatoria de la ley y de los estatutos, y para ello tiene el término de cinco años, que es precisamente el previsto para pedir la nulidad de una convención, según lo dispuesto en el artículo 1.346 del Código Civil... (Jurisprudencia de los Tribunales de la República, Volumen VI, Tomo II, p. 576)>> (p. 187-188).

c. Sentencia de la casación civil de 1975: abandono de la doctrina de 1925

El 21 de enero de 1975, la Sala de Casación Civil de la reformada Corte Suprema de Justicia, abandonó la doctrina que durante 50 años rigió el criterio de interpretación de los Tribunales, acerca del alcance del artículo 290 C. Com. Esta sentencia fue proyectada por el denso jurista: Carlos Trejo Padilla, y a su vez acogida por el resto de los magistrados de la Sala de

[16] Coincidiendo más con la expresión de Prieto, L. (1977): "...más que de una diversidad de jurisdicción se debe hablar de una diferenciación de tribunales" (pág. 150).

[17] Realmente se trata de un "lapso", que se diferencia del "término", en cuanto a que, el primero permite intentar la acción prevista en la norma, en cualquiera de los 15 días, lo cual coadyuva a la nutrición de una tutela judicial efectiva más sana, dejando a un lado los formalismos inútiles. Es por ello que en materia procesal, pueden considerarse los "términos" abolidos en los ordenamientos jurídicos modernos. En cuanto al tipo de lapso, al cual pertenece los 15 días a que se refiere el artículo 290 C. Com., toda la doctrina y jurisprudencia venezolana y española, coincide en que es de caducidad.

Casación Civil[18] . A continuación extractos de interés, de la misma –tomados de Fuenmayor, J. (1997)-:

> <<Quedan por analizar las denuncias de los artículos 290 del Código de Comercio; 234 del Código de Procedimiento Civil, en conexión con los artículos 1.109 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 del formalizante y de la recurrida, pues mientras en ésta los sentenciadores sostienen que la vía de 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>> (p. 189-190).
>
> <<La primera observación que surge del análisis del texto transcrito[19] 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 ordena 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, casi este 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 esta 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

[18] Doctores: José Román Duque Sánchez, Luis Loreto, R. Rodríguez Méndez e Ignacio Luis Arcaya.
[19] La Sentencia transcribe el artículo 290 C. Com.

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 la decisión alguna en ese sentido, pues se limita a suspender la ejecución y a ordenar que se convoque una segunda asamblea, cuya resolución tampoco tiene la autoridad de la 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 afecten únicamente el interés privado de los socios, ya que sólo esta clase de vicios es la que puede ser subsanada mediante los efectos de la confirmación.

Pero cuando se trate de decisiones de asambleas 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 tiende 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, en la materia que nos ocupa, puede hablarse, por ejemplo: cuando la decisión de la asamblea infringe una disposición 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 lo consiguiente, esta Sala que cuando se trate de decisiones de asambleas 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 invalidez 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 hubiere ordenado y tampoco hubiera sido confirmado 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 la recurrida, sin haber establecido previamente en su fallo que, a su juicio, lo pretendido por el actor era la nulidad de decisiones de asamblea 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 la clase y naturaleza de los vicios que pudieran afectar las decisiones impugnadas por el actor de la situación de especie, pues ello es una cuestión de hecho que no le corresponde 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 por 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.

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 la Casación en sentencia de fecha 13 de octubre de 1925, 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 sustentan.

Podría pensarse 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 prolíferas las acciones de nulidad contra las decisiones de las asambleas de esas sociedades mercantiles. Tal apreciación es, sin duda, exagerada, y puede aplicarse a todo género de controversia entre las partes. La Sala, por el contrario, estima que esta nueva jurisprudencia ha de contribuir a hacer respetar la situación del accionista minoritario y evitar decisiones de asambleas viciadas de nulidad absoluta, que la mayoría se cuidará 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 con 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 los actos jurídicos, como se dijo anteriormente. Sólo quedaría al accionista el raquítico recurso de retirarse de la compañía en los casos previstos en el artículo 282 del Código de Comercio.

Por tanto se declara procedente, en los términos expuestos, la presente denuncia.

DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara con lugar el presente recurso de casación; y, en consecuencia, ordena a la competente Corte Superior dictar nueva sentencia con sujeción a la doctrina aquí establecida[20]>> (p. 189, 190, 191, 192, 193).

[20] Ejemplo de Casación con reenvío.

2. Breve reseña sobre olvidados anteproyectos venezolanos de ley de Sociedades comercio o mercantiles

La Ley española de Sociedades Anónimas del 18 de julio de 1951, y el Código Civil italiano de 1942, representan, respectivamente, la fuente de inspiración de dos olvidados anteproyectos locales de ley de sociedades de comercio (de Goldschmidt, R. –1955-) o mercantiles (de Morles, A. –1989-). En la primera Ley, el procedimiento de impugnación de los acuerdos sociales, se encuentra regulado en su artículo 68 al 71.

Quizás se conozcan otros anteproyectos venezolanos que ensayaron desarrollar la materia; sin embargo, exhorto al entendimiento de la limitación publicitaria que sufren los mismos, ante una condena a: pésima divulgación, cuando la propuesta no es impulsada por un sector importante de la economía nacional, o por una entidad gubernamental[21].

Estos Anteproyectos surgen como respuesta ante el déficit que padece el artículo 290 C. Com., el que sólo regula la acción de anulabilidad de un grupo muy específico de acuerdos tomados por la asamblea general de socios o accionistas de personas jurídicas en lo mercantil; lo que *Garrigues, J.* (1946) –previo a la promulgación de la Ley española de Sociedades Anónimas (1951)-, ya advertía, pues el Código de Comercio de

[21] Como sucede con el reciente "Anteproyecto de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo", iniciativa de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, integrada por los magistrados: Omar Mora Díaz (Presidente), Juan Rafael Perdomo (Vicepresidente) y Alberto Martini Urdaneta; que se atribuye por mandato de la Disposición Transitoria Cuarta número 4, en concordancia con el artículo 204 numeral 4, ambos de la Constitución vigente (1999).

su país, no determina cuándo un acuerdo es nulo (absoluta o relativamente), o, simplemente, es impugnable, en virtud de la base legal tan precaria. Es por ello que debían construir la respuesta a través de la doctrina (p. 421). En tal situación se refleja hoy la experiencia venezolana.

Precisamente el olvidado espíritu de estos Anteproyectos, al impedir el legislador su nacimiento en cuerpo de ley, indudablemente constituye un elemento que pudo extirpar el defecto que arrastra el artículo 290 C. Com. (de exclusivo matiz de oposición o de anulabilidad, mas no de impugnación); empero, fue la desidia del Poder Legislativo, la que perpetuó la inseguridad jurídica que aún refleja el Derecho positivo venezolano, en cuanto al mecanismo de resistencia o impugnación idóneo, aplicable contra los acuerdos sociales en materia mercantil, que infrinjan el orden público o las buenas costumbres –aún cuando la transcrita sentencia de la Casación Civil de 1975, representa un buen intento para disipar la confusión-; no obstante en la doctrina, resucitan en contra de esa tesis, sectas de incrédulos, como sucede con Fuenmayor, J. (1997), quien intenta garabatear unas razones surrealistas sobre la improcedencia de la acción de nulidad autónoma (prevista en el artículo 1.346 del Código Civil), contra las decisiones de la asamblea general de socios de una Sociedad Mercantil.

Entre los Anteproyectos venezolanos de ley de sociedades, destacan:

a. El relativo a las sociedades de comercio (proyectado por Goldschmidt, R. –1955-).

b. El de la ley de sociedades mercantiles (múltiples veces comentado por Morles, A. –1989-).

Adheridos al tema objeto de estudio, despertarán los citados Anteproyectos, que pudieron ser una buena panacea contra la exigüidad procesal que heredamos, por causas de una importación incompleta de un sistema legislativo, que dejó en el camino la solución incorporada en el Código Civil italiano de 1942.

a. Anteproyecto de ley de sociedades de comercio

Este Anteproyecto relativo a las compañías o sociedades de comercio, fue redactado en 1955 por *Goldschmidt, R.* (1955) y publicado por el Ministerio de Justicia de la reformada República de Venezuela.

Su finalidad es servir de base para las discusiones que surgirán alrededor de la reforma parcial de la legislación mercantil[22], para introducir –básicamente- la sociedad de responsabilidad limitada, inspirada en antecedentes franceses, argentinos y españoles, aunque los cambios concernientes a la sociedad anónima introducidos por la reforma parcial de 1955, no tocan problemas esenciales que aún se encuentra en mora, respecto a una acertada solución.

[22] A partir de la ley del 23 de julio de 1955, publicada en la Gaceta Oficial números: 472 y 475, Extraordinarias, del 17 de octubre de 1955 y 21 de diciembre de 1955 respectivamente.

Básicamente el Anteproyecto surge como respuesta al desarrollo económico del país para aquel entonces (1955) que comienza a sentir el cansancio de su antepasado legislativo italiano (Código de Comercio de 1882) ajeno a las nuevas necesidades que demandaban la incorporación de un nuevo tipo de sociedad (la de responsabilidad limitada) al elenco existente, además de reformar el régimen de la compañía o sociedad anónima, ante el uso desmesurado e inadecuado de estas últimas variantes como sucedía con las sociedades anónimas entre cónyuges.

Toda legislación nueva en esta materia debe tomar en consideración algunas circunstancias peculiares del país que la reclama, y al respecto, *Goldschmidt, R.* (1955) observó:

> <<...en primer lugar la tradición hostil a leyes especiales, lo cual obliga a una reforma parcial del Código actual... ...el problema de la unificación de la legislación civil y de la mercantil, según los modelos suizos e italianos; así hay que mantener, por el momento, la distinción entre sociedades de comercio y sociedades civiles, aunque la reglamentación de estas últimas es poco orgánica, ya que el Código Civil prevé sociedades sin personalidad jurídica... en razón de la protocolización del Contrato respecto a la Oficina Subalterna de Registro Público de su domicilio, y sociedades con personalidad jurídica constituídas en una de las formas establecidas para las sociedades mercantiles (artículo 1.651 C. Civil).
> Justamente, por ser muchas disposiciones del Código Civil inaplicables subsidiariamente a las sociedades en nombre colectivo..., se han debido incluir en el Anteproyecto una serie de disposiciones que, después de una reforma ulterior del articulado sobre la sociedad civil, podrían figurar en el Código Civil , y no en el de Comercio>> (p. 290-291).
> <<Siguiendo la tradicción de la legislación vigente, el Anteproyecto se inspira, sobre todo, en el Código Civil italiano de 1942, salvo en lo que concierne a la sociedad de responsabilidad limitada en cuya reglamentación ha influído,

> más bien, el Código de Obligaciones suizo. No obstante, pueden hacerse dos advertencias respecto a las fuentes extranjeras. En primer lugar, aunque no creemos que el legislador, especialmente, en materia mercantil, debe aspirar a la originalidad, lo que fácilmente lo lleva a improvisaciones peligrosas[23] y se opone a la tendencia sana hacia la unificación internacional del derecho, tampoco puede prescindir de las distintas condiciones económicas reinantes en su país y en aquel cuya legislación le sirve de modelo para la elaboración e un texto nuevo. Por esto, ciertas disposiciones, necesarias o útiles en determinado estado, resultan fueran de lugar en otro y, precisamente, este hecho se ha descuidado, a veces, al introducir normas europeas en la América Latina.
>
> En segundo lugar, el Código Civil italiano de 1942, constituye, en verdad, una adaptación en gran parte lograda de los textos anteriores a los tiempos nuevos; de modo que una legislación inspirada en éstos como la venezolana, debe tomarlo en cuenta[24], a los fines de proceder a su propia reforma de una manera orgánica. No obstante, incluso, este Código contiene ciertos defectos destacados por la doctrina italiana. Aunque hay en esta materia, pocos rastros de ideas fascistas, como sucede, por el contrario, en otras partes del Código, vgr. en la utilización del concepto de empresa, pueden mencionarse como muy discutibles la reglamentación de la sociedad de responsabilidad limitada, que no tiene suficientes características propias en relación a la sociedad anónima>> (p. 292).

En relación al régimen de impugnación de las deliberaciones de la asamblea de socios, resaltaba *Goldschmidt. R.* –ob. cit.-:

> <<...siendo el artículo 295 del Código actual[25] una de las disposiciones menos logradas, ya que parece admitir la confirmación de decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o a la ley por una mayoría calificada con efecto obligatorio para todos los socios>> (p. 298).

---

[23] El comentario de Goldschmidt, R. (1955) pareciera dirigido al infortunado artículo 290 C. Com.

[24] Pese a la advertencia de Goldschmidt, el legislador patrio decidió cometer el pecado original al omitir importar la segunda etapa contentiva de la solución italiana prevista en el citado Código Civil de 1942, ampliado en el subtítulo: “Eslabón legislativo perdido”, en este Capítulo.

[25] Artículo 290, después de la reforma de 1955.

Ante tal inconveniente, el Anteproyecto distingue entre deliberaciones anulables (nulidad relativa) y las deliberaciones nulas (viciadas de nulidad absoluta), como sucede en el artículo 68 de la Ley española de Sociedades Anónimas (1951); el cual dispone:

> <<Podrán ser impugnados, según las normas y dentro de los plazos establecidos en los artículos siguientes, los acuerdos sociales que contradigan a ley, el orden público o las buenas costumbres, se opongan a los estatutos, vulneren las bases esenciales de la Sociedad, lesionen los derechos de los accionistas o violen, en beneficio de uno o varios de éstos, los intereses sociales.
> Asimismo serán impugnables los acuerdos en que la mayoría necesaria para adoptarlos se haya obtenido por la concurrencia de votos que no debieron emitirse en razón de un interés, propio o ajeno, que estuviese en pugna con el interés social>>.

A diferencia del lastre que arrastra el vigente artículo 290 C. Com., el Anteproyecto incluye la nulidad de las deliberaciones contrarias a disposiciones legales dictadas, principalmente, para proteger a los acreedores sociales o por otro interés de orden público[26], o sean intereses que trascienden los de los accionistas actuales, y abrazan aquellas deliberaciones contrarias a las buenas costumbres.

En cuanto a los “legitimados para intentar la acción”, el Anteproyecto amplia el asfixiante perímetro enclaustrado en el artículo 290 C. Com, pues en este último, la anulabilidad recae en cabeza de los socios disidentes o no

[26] Esta institución que no toma en consideración Fuenmayor, J. (1997), es la que corta el falso anclaje de la tesis que éste formula sobre la improcedencia de la acción de nulidad autónoma -regulada en el artículo 1.346 C. Civil-, por aplicación subsidiaria, como mecanismo de impugnación de deliberaciones adoptadas por la asamblea de socios, en materia mercantil.

presentes; pero no en los administradores y comisario –lo cual no parece acertado-; en contraposición, la acción de nulidad, compete no sólo a los citados socios, sino también a terceros interesados, que pareciera fiel traslado del artículo 70 de la Ley española de Sociedades Anónimas (1951), el cual establece:

> <<Sólo están legitimados para el ejercicio de las acciones de impugnación a que se refiere el párrafo primero el artículo anterior[27] los accionistas ausentes, los concurrentes a la Junta que no hubieren votado en ella a favor del acuerdo impugnado y los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto.
> Para el ejercicio de las acciones a que se refiere el segundo párrafo del mismo artículo[28] están legitimados todos los accionistas, los administradores de la Sociedad, en nombre de ésta, y los terceros que demuestren interés suficiente. Los administradores sólo podrán ejercitar estas acciones en nombre propio cuando el acuerdo fuese determinante de responsabilidad para ellos>>.

Es especulativo asegurar[29] que la aludida norma que condiciona la acción de impugnación, a los casos donde se discuta la responsabilidad del administrador, fue lo que alertó al Proyectista, de erradicar a los administradores como sujetos legitimados para intentar la acción de impugnación –además del inconveniente de que a éstos le corresponde por

---

[27] Artículo 69. "La acción de impugnación de los acuerdos a que se refiere el artículo anterior" (los que contradigan la ley, el orden público y las buenas costumbres, se opongan a los estatutos, vulneren las bases esenciales de la Sociedad, lesionen los derechos de los accionistas o violen, en beneficio de uno o varios de éstos, los intereses de éstos –artículo 68-) "deberá ejercitarse en el plazo de tres meses, a partir de la fecha de su inscripción en el Registro, si la ley exigiere, y en otro caso, dentro de los seis meses siguientes a la fecha del acuerdo". El único aparte del Artículo 69, agrega: "No quedan sometidas a estos plazos de caducidad las acciones de nulidad de los acuerdos contrarias a la ley, al orden público o a las buenas costumbres".

[28] Remitirse al comentario #27 (artículo 69).

[29] Máxime cuando el Anteproyecto redactado por Goldschmidt, se inspira en gran parte en el Código Civil italiano de 1942.

lo general, la representación legal de la Sociedad Mercantil, que pudieron provocar situaciones donde el administrador personifique los dos sujetos de la acción-; pero no se explica la omisión del Comisario –pese a que en la legislación italiana, se incluye al síndico-.

El término para intentar la acción de anulabilidad, en el Anteproyecto, se fija en dos meses. La expresión anterior es un desacierto, pues hoy en día, no se discute que los "términos" auspician el excesivo formalismo; por lo que, es más acorde referirse a "lapso" o "plazo", más en sintonía al derecho a la defensa.

b. Anteproyecto de ley de sociedades mercantiles

Este Anteproyecto se surte de la Ley de Sociedades Anónimas española (1951), y siguiendo su ejemplo, separa la acción de oposición (contenida en su artículo 180) de la acción de impugnación (artículo 181), como alternativa hidratante al raquítico artículo 290 C. Com., limitado a la especificidad de la "oposición", quedando por ende, a cargo de la doctrina la proposición -de semblante autorizado- de otra variante de acción[30] –aplicada por analogía- como mecanismo de tutela efectiva contra las deliberaciones acordadas por la asamblea de socios de una Sociedad Mercantil, que

[30] De nulidad consagrada en el artículo 1.346 C. Civil.

lesionen el orden público o cuando se atenta contra las buenas costumbres[31].

Se desprende de la Exposición de Motivos de este Anteproyecto que las acciones de impugnación contra las resoluciones adaptadas por la asamblea general de socios, han sido perfeccionadas. No sólo puede el juez suspender, a solicitud de cualquier socio, una decisión que sea manifiestamente contraria a la ley o al documento constitutivo, eliminándose la posibilidad de que la asamblea confirme el acto írrito, regresando así al espíritu y a la letra de la fuente de esa norma (artículo 290 C. Com.), sino que las resoluciones de la asamblea contrarias a la Ley o al documento constitutivo o que lesionen en beneficio de uno o varios accionistas los intereses de la sociedad, pueden ser impugnadas mediante un procedimiento abreviado, inspirado en parte en la ley española de sociedades anónimas de 1951. El primer procedimiento está sujeto a un lapso brevísimo de caducidad de quince días, y el segundo, a otro menos breve de sesenta días. Las acciones de impugnación de acuerdos contrarios a normas imperativas de Ley no están sometidas a los lapsos de caducidad indicados en segundo lugar. Se somete al derecho común y a un lapso de caducidad de dos años[32], a las acciones de nulidad contra las decisiones de las asambleas con objeto

---

[31] Supuestos sugeridos por la Sala de Casación Civil, en la sentencia del 21 de enero de 1975; a los cuales restó agregar un tercero: "cuando la deliberación ha sido adoptada sin cumplir con los requisitos que sean esenciales para su validez", que por ser casi un retrato hablado de los previstos en el artículo 290 C. Com. ("decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley"), queda excomulgado del párrafo, para así limpiar el panorama de confusiones.

[32] Atenuando la falla del artículo 1.346 del Código Civil, en cuanto a la longevidad de su lapso (de 5 años), comparado al prematuro plazo del artículo 290 del Código de Comercio (15 días).

ilícito o que carezcan condiciones esenciales para su existencia. Para desestimular la proposición de acciones infundadas, el Juez puede exigir caución o garantía suficiente para responder de los daños que la suspensión de una deliberación acordada por la asamblea pueda causar a la sociedad, y puede imponer sanciones pecuniarias a los litigantes temerarios.

El Parágrafo 2° titulado. “De las acciones contra las decisiones de la asamblea", se compone de siete artículos.

El artículo 180 contempla la “acción de oposición”, conservando el mismo lapso de caducidad del vigente artículo 290 C. Com. El juez notifica a los administradores de la Sociedad Mercantil cuya deliberación es objeto de oposición, para oírlos en un plazo que no podrá exceder de cinco días[33]; pero incorpora una puntual diferencia, al eliminar la convocatoria a una nueva asamblea, para que ésta sea quien ratifique o no el acuerdo que da inicio al procedimiento, conservando la posibilidad de suspender aquél.

Por su parte, el artículo 181, incorpora la “acción de impugnación”, cuando la decisión de la asamblea sea contraria a la Ley o al documento constitutivo, o que lesione en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. La acción podrá intentarse dentro de un lapso de sesenta días continuos, contados a partir de la fecha del acuerdo; o treinta días continuos siguientes a la fecha en que la inscripción del acuerdo se inscribe en el Registro Mercantil correspondiente, o a la fecha de la publicación, en el caso en que ésta se requiera. La norma aclara cuáles

[33] Reaparición de los genes del artículo 290 C. Com.

socios tienen legitimación para accionar, como: los no presentes, los disidentes que hayan hecho constar en el acta su voto negativo y quienes hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto –supuestos éstos que descienden del artículo 70 de la Ley española de Sociedades Anónimas-. Fue contraproducente omitir el único aparte del citado artículo 70, el cual no sólo confiere legitimación para incoar la acción de impugnación a todos los socios, los administradores en nombre de la Sociedad, sino también a los terceros que demuestren interés suficiente[34].

Ante el inconveniente que se suscita en la experiencia local, de aplicar el artículo 1.346 del Código Civil[35] que gravita derredor al juicio ordinario; el Anteproyecto, propone en su artículo 182, un procedimiento más expedito, remitiéndose a las disposiciones del primero, sólo por vía supletoria. En este procedimiento sugerido, se aprecia que en lo concerniente a la medida de suspensión de ejecución de la decisión objeto de impugnación (numeral 2), el juez debe exigir en todo caso caución o garantía suficiente, para que el solicitante responda de los daños que la suspensión pueda causar a la Sociedad, y además, condiciona la medida a que el socio demandante o socios represente(n) la quinta parte del capital social, condición ésta caprichosa y contradictoria, pues si el solicitante no reúne la misma, en

[34] Obsecuente a la doctrina que más adelante fue vaciada en el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil ("Para proponer la demanda el actor debe tener interés jurídico actual").

[35] *Garrigues, J*. (1946) al referirse a la experiencia de las legislaciones latinas, que no contienen preceptos especiales de impugnación y la nulidad de los acuerdos de la junta general, predijo: "....ha obligado a la doctrina a buscar la solución de estos problemas en el terreno de la nulidad contractual, con lo que la acción queda sometida a plazos largos de caducidad, y se desenvuelve siempre en un procedimiento judicial largo y costoso, que suele desembocar, al cabo de algunos años, en una sentencia que, por tal razón, no tiene interés práctico alguno" (p. 418).

sustitución la norma exige en todo caso: caución o garantía suficiente. Una propuesta más acertada hubiese sido condicionar la caución al socio que no represente la quinta parte del capital; y en los casos de que el o los solicitante(s) superen este límite, entonces sí sujetar la medida a los extremos denominados: “fumus bonis iuris” (presunción de buen derecho) “y periculum in damni”[36] (presente en las medidas innominadas), o de no reunir los extremos, permitir que el solicitante aporte caución o garantía.

El citado numeral 2 del artículo 182, especifica además que, no sólo deben ser oídos los administradores, sino también el comisario, lo que constituye un genuino equilibrio en aquellas situaciones donde los administradores son propietarios de la mayoría de las acciones o cuotas.

[36] Más que al “periculum in mora”, pues la suspensión no garantiza la ejecución del fallo, por no perseguir el resarcimiento de una cantidad dineraria (este elemento permite distinguir las medidas cautelares de las preventivas, además de la del ente que las pronuncia). Sobre el tema es irreverente no ir a la fuente de esta tendencia, propuesta por Ortíz, R. (1999).

CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA DEL ¿PROCESO O PROCEDIMIENTO? PREVISTO EN EL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO DE COMERCIO VENEZOLANO

A. ¿PROCESO O PROCEDIMIENTO?

Previo a determinar el tipo o especie al que pertenece esa coordinación de actos, relacionados entre sí por la unidad del efecto final contenido en el artículo 290 C. Com., pues pudiere presentarse dudas razonables, acerca de si éste se trata de un proceso o es una fase o fragmento e aquél (procedimiento), dado el carácter dinámico que encierra ambos términos.

Como muestra de tal confusión, cierto autor –al referirse al tema-, como sucede con *Fuenmayor, J.* (1997) –quien a pesar de ser uno de los cuatro proyectistas del Código de Procedimiento Civil venezolano vigente (1986)-, asegura lo siguiente:

> <<...no tenemos la menor duda de que se trata de un "proceso">> (pág. 183).

Conclusión aquella a la que llega el citado proyectista, sin demostrar si la estructura adjetiva del artículo 290 C. Com., contiene los principios ontológicos del proceso. Menos aún –lo cual se entiende parcialmente[37]-, el

[37] Dada la fecha de publicación de su monografía (1997, septiembre).

citado autor se planteó comprobar si los actos que encierra el citado artículo, compaginan con la garantía del “debido proceso”; y por ello, es que se entiende parcialmente la omisión anterior, pues tampoco mencionó el precedente que significó la sentencia Electrospace –de data anterior a su monografía: julio de 1997- que derogó virtualmente el artículo 1.099 del Código de Comercio, por razones de inconstitucionalidad bajo la vigencia de la Constitución de 1961; cumpliéndose así la profecía de *Alcalá-Zamora, N.* (1947) acerca de la tendencia a extinguirse el “proceso mercantil”. Finalmente, *Fuenmayor* a su vez ignoró absolutamente la doctrina extranjera que desarrolla el tema de modo inmediato, de la cual destacan –por citar un pelotón-: *Fairén, V.* (1953, enero y julio); *De La Plaza, M.* (1948); *Boter, F*. (1954), *De Leyva, J.* (1962); *Martín, C.* (1954); *Serrano, N.* (1949); *Garrigues, J.* (1946); *Fransceschelli, R.* (1953); *Mignoli, A.* (1953) y *Stolfi, M.* (1953).

Tal recorrido deficiente es lo que precisamente le deja poco margen de credibilidad a la afirmación prematura y de fundamentación pacata hecha por *Fuenmayor* –transcrita con antelación-, contra lo cual es preciso reaccionar, por ser un intento de resucitar la continuidad de la leyenda jurídica que significa el artículo 290 C. Com., que aquél aún defiende con desesperados llamamientos a una divinidad misteriosa que tiene que proteger sus obras por medios sobrenaturales y no científicos.

Aún cuando ambos términos: “proceso” y “procedimiento” (y algunos otros como: litigio, pleito, causa y juicio) –según enfoca *Alcalá-Zámora, N.*

(1970)- se emplean con frecuencia por procesalistas eminentes, como sinónimo o intercambiables; al respecto, enseña el maestro:

> <<Conviene, sin embargo, evitar la confusión entre ellos, porque si bien todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso... El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras que el procedimiento se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo...>> (p. 115-116).

Según tan autorizada opinión, cuando se refiere al proceso como procedimiento, desde el punto de vista de su finalidad; *Alcalá-Zamora* asegura que si bien no llega a afirmar que un mal procedimiento sea el peor enemigo de un proceso –porque la experiencia demuestra que una magistratura capacitada puede administrar una justicia impecable con un instrumento procedimental deficiente, y viceversa, que el mejor procedimiento sobre el papel, no impedirá los mayores abusos, si los funcionarios judiciales a quien su manejo se encomiende son inmorales o ineptos-; pero si no lo es, sí es, desde luego, un enemigo importante; y cuando, sea cual fuese el tipo de enjuiciamiento a que se acude, éste es lento y costoso, propenso a la multiplicación de incidencias y recursos, entonces nada de particular tiene que los justiciables pierdan, si no la fe en la justicia, la confianza en el proceso, y prefieren sacrificar posiciones

jurídicas perfectamente defendibles, antes que arriesgarlas en una aventura procesal[38].

Esa carencia de fe, la reflaja *Fairén, V.* (1979), al referirse al número asombroso de procedimientos especiales en la legislación procesal española, ya que la mayoría debe su creación a la falta de adecuación del procedimiento ordinario tipo y a una mala técnica legislativa.

Alcalá-Zamora, N. (1947) ante tal multiplicación de procesos especiales, y al referirse a la materia mercantil, dedica una monografía[39], mediante la cual predice la tendencia a extinguirse el proceso mercantil, por ser:

> <<...carente de substantividad y de razón de ser>> (p. 214).

Transitando por esa vereda, encontramos a *Fairén, V.* (1953), que resta razón de ser a los procedimientos especiales en lo mercantil, en lo referente a los procedimientos de impugnación y de nulidad, previstos en la Ley española de Sociedades Anónimas (1951), acuñando el tuétano de este Capítulo, al afirmar:

> <<...pero también hay que eliminar el de acudir a un nuevo procedimiento, dejando lagunas y utilizando cláusulas generales, en cuanto que el proceso ha de ser determinación, garantía, sistema bien equilibrado y desarrollado de garantías formales>> (p. 606).

---

[38] Síntesis de las p. 117-118.

[39] "Examen del enjuiciamiento mercantil mexicano, y conveniencia de su reabsorción por el civil", temario de la Revista de la Facultad de Derecho de México, número 7 (1952 julio-septiembre), p. 19-93.

En sentido lato, como aperitivo al recorrido impuesto por los proyectados tres pasos para obtener la solución del problema; *Rengel, A.* (1995) considera que “procedimiento” y “proceso” está en una relación de continente a contenido –basada en la idea carneluttiana de que el litigio no es el proceso, pero está en el proceso-, y citando a Carli (1962), agrega que el procedimiento es el conjunto de reglas que regulan el juego del proceso, mientras que el proceso es el conjunto de actos procesales tendentes a la sentencia definitiva. A su vez Fenech –citado por Carli. Se vale de un símil muy original para diferenciar ambas nociones:

> <<El procedimiento es el conjunto de instalaciones fijas del ferrocarril, las vías, por ejemplo; el proceso es el convoy, el tren en marcha sobre esas vías, que llega o le llevan a un destino>> (p. 200).

Por receta para la selección acertada entre la dupla de términos: proceso-procedimiento, la incógnita será despejada, como de costumbre, en tres pasos:

1. Ubicación cierta de la entrada en vigencia del Código de Comercio venezolano (1919), en el período histórico adjudicado a: “los procedimentalistas”, el cual oscila entre: 1830 y 1920.
2. Divergencia con determinados principios axiológicos del proceso.
3. Constitucionalización del proceso: traslación del sistema programático anterior (Constitución de 1961) al actual operativo (Constitución de 1999).

La importancia que reviste diferenciar los términos: proceso y procedimiento, la resume bien Chiovenda, G. –citado por *Rengel, A*. (1995) en su Prólogo-, cuando decía a sus discípulos de la Universidad de Roma:

> <<El puro teórico en el procedimiento es algo que carece de sentido; pero el puro práctico, es una desdicha>> (p. 20).

En contraposición, *Riviera S.* (1958) le atribuye poca importancia a la separación conceptual del proceso y del procedimiento, al sostener que la doctrina mexicana es más simplista que la extranjera, la que algunas veces invade los campos del bizantinismos con discusiones que recuerdan entretenidos rompecabezas sin ninguna trascendencia en el campo viviente del derecho. A lo cual reaccionó *Alcalá-Zamora, N.* (1997) con el siguiente comentario:

> <<Si... Riversa Silva hubiese dicho que no se ha alcanzado todavía la meta en el empeño diferenciativo, acaso estuviésemos de acuerdo; pero negar su trascendencia, es tanto como desconocer la inmensa transformación que el derecho procesal experimenta cuando a partir de Bülow deja de contemplarse exclusivamente el procedimiento, para profundizar en el análisis del proceso>> (p. 115).

1. Ubicación cierta de la entrada en vigencia del Código de Comercio venezolano (1919) en el período histórico adjudicado a: “los procedimentalistas” (1830-1920).

El recorrido histórico realizado en el Capítulo anterior, tiene su epicentro en preparar la base que justifica la conclusión a la que llega

Fairén, V. (1969), quien al esbozar la evolución de la doctrina procesal española, señalaba que Alcalá-Zamora, N. (1947) distinguía cuatro fases: judicialista, de los prácticos, procedimentalista (entre 1830 y 1920) y del procesalismo científico.

Como se aprecia, la evolución del proceso español situó la fecha de promulgación del Código de Comercio venezolano (1919), dentro de la etapa denominada: "procedimentalista" que es anterior al procesalismo científico (y por ende carente de los principios rectores y ontológicos del proceso). Tal asociación es válida pues nuestra legislación es calcada de la europea; luego, se acepta no repetir los comentarios insertos en el Capítulo I –ib.-, pues por principios de Metodología, resulta más práctico remitirse hacia aquél.

2. Divergencia con determinados principios ontológicos del proceso

Resulta impreciosante que las enseñanzas que dejó el maestro *Couture, E.* (1958) tras la estela de su fugaz, pero nítido paso; aún permanecen vigentes, y no por la fuerza de la costumbre o el situado de su fama, sino más bien, por el peso que contiene cada aleccionadora letra que escribió.

El maestro uruguayo explica la “Eficacia del proceso”[40], en cuatro capítulos titulados respectivamente: “los recursos”, “la cosa juzgada”, “la ejecución” y “la tutela jurídica”.

Con precisión, en el capítulo referente a la “tutela jurídica”, Couture distingue la diferencia que existe entre la ciencia del proceso y la simple técnica, así:

> <<La ciencia procesal procura el procedimiento de lo que una cosa es, ordenándola universal y ciertamente en el mundo conocido. Las reglas técnicas, en cambio, dicen cuáles son los medios a los que se debe necesariamente acudir para lograr ciertos fines. La ciencia no encara un hacer sino un ser>> (p. 484-485).

Más adelante el autor, convencido de que el proceso es una ciencia, expone su propuesta de “Eficacia del proceso”, dentro del tema de la “tutela jurídica”; a través de fundamentaciones de matriz: lógica, ontológica y axiológica.

A su vez dentro de las “proposiciones ontológicas de derecho procesal”, que se entiende como razones de ser de la conducta jurídica, inherente a la sustancia misma del proceso, y se diferencia de las proposiciones lógicas, en que aquéllas son, al mismo tiempo, verdad de experiencia; específicamente, dos de los enunciados ontológicos sugeridos por Couture, servirán de base para advertir las “divergencias” que existen con relación al contenido del artículo 290 C. Com., lo cual, solidifica aún más

[40] Parte Tercera de sus “Fundamentos de derecho procesal”.

la tesis que la naturaleza jurídica del mecanismo adjetivo previsto en el citado artículo, es procedimiental y no procesal.

a. Legitimación como filtro impuesto por el artículo 290 del Código de Comercio para oponerse y resistir (exclusión del comisario).

Fairén, V. (1969) superponiendo la noción de "satisfacción procesal" a la noción de "proceso", entendía que:

> <<...el contenido del proceso lo constituye el litigio hecho crisis (este litigio aparece más o menos claramente, la búsqueda de sus polos, no da siempre resultado, hasta en aquellos casos en que se pretende que hay proceso sin litigio). Los elementos del litigio hecho crisis son, a su vez, el conflicto (la "contencio", en oposición a lo simplemente voluntario), sus sujetos y su objetivo.
> Como objeto del conflicto aparecen, a su vez, dos elementos: la pretensión y la resistencia. Entendemos que ha sido un olvido de esta segunda figura el que ha provocado no pocos errores de perspectiva. Y, al mismo tiempo, ambos constan de los elementos legitimación y fundamentación (fáctica y jurídica a la vez, según los sistemas positivos)>> (p. 381).

Continua el autor español:

> <<Fijado el punto de impostación de la "satisfacción" en el campo de lo procesal, recordemos, una vez más, sus momentos de evolución jurídica:
> 1°. La petición de la misma, que se produce, desde el punto de vista jurídico, por medio de la pretensión y de la resistencia a la misma.
> 2°. El otorgamiento jurisdiccional de la misma, a través de la sentencia.
> 3° La consecución real de la misma, a través de la ejecución de la resolución judicial>> (p. 384).

No debe confundirse la noción de: “acceso al tribunal” (hoy consagrada en el encabezado del artículo 26 de la Constitución venezolana –1999-), con: “legitimación”.

La diferencia podría explicarse a través de esta simple recreación de palabras: el “acceso” sería el aeropuerto, donde todos pueden entrar a sus instalaciones (como también sucede con el local donde el Tribunal imparte justicia); mientras que, la “legitimación” es el boleto o pasaje para abordar el avión (la facultad que otorga la ley a un sujeto para que intervenga en un proceso), El “acceso” es un usuario del aeropuerto, a su vez, la “legitimación” además de ser un usuario, es un pasajero que se dispone a abordar un vuelo, por tener su boleto.

Ahora bien, esta rigidez o filtro denominado: “legitimación”, impuesta por el legislador como condición para actuar en un proceso, en cualquiera de sus polos (pretendiendo “at inicio” o resistiendo); la suaviza el constituyente –al menos en la experiencia venezolana-, en el encabezado del artículo 26, el cual dispone que:

> <<Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses>>.

Del texto de la norma parcialmente transcrita, se observa que no sólo se requiere tener un “derecho” consagrado en la ley para accesar al órgano jurisdiccional, sino el constituyente agregó el “interés”.

En relación al cambio suscitado en nuestro ordenamiento jurídico o traslado del sistema constitucional programático hacia el actual, denominado: “operativo” –que será analizado en punto separado-; hasta aquí, al menos, resulta pertinente adelantar que el “sistema operativo” no requiere desarrollar sus postulados programáticos, a través de leyes posteriores, pues aquél, en principio es autosuficiente, por cuanto algunas de sus normas son de aplicación inmediata.

Esta realidad aplicada sobre la estructura del artículo 290 C. Com., laxa la coraza de la “legitimación” que cubre las dos versiones de acción en el procedimiento allí contenido (quien pretende “at inicio” y el que resiste).

Respecto al que pretende “at inicio” oponiéndose a una decisión de la asamblea de socios de una persona jurídica en lo mercantil, por ser manifiestamente contraria a los estatutos o a la ley; puede hacerlo cualquier socio; de modo que, la “legitimación” para accionar –entendida la acción como mecanismo que da inicio (de modo originario) al citado procedimiento de oposición-, se reduce a su especie, es decir, los socios. A diferencia de la Ley española de Sociedades Anónimas (1951), que distingue la “acción de impugnación”, de la “acción de nulidad de acuerdos contrarios a la ley, el orden público y las buenas costumbres”[41].

[41] Similar a la diferencia que hace la Ley alemana de Sociedades Anónimas (1937).

Para el ejercicio de la primera, están legitimados los accionistas (bien sea por razones de ausencia[42], los concurrentes a la Junta que no hubiesen votado en ella a favor del acuerdo impugnado, y los que han votado en ella a favor del acuerdo impugnado, y los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto), según lo dispuesto en el encabezado del artículo 70 de la Ley española de Sociedades Anónimas.

Se aprecia que una ley extranjera de data anterior (1951) a la última reforma efectuada al Código de Comercio venezolano (1955), ya incluía la figura del "tercero que demuestre un interés suficiente", a los fines de incoar la acción de nulidad de acuerdos asamblearios.

Se dibujó el esquema aportado por la citada Ley española de Sociedades Anónimas, en referencia a la "legitimación para iniciar el proceso de nulidad", para que sirva de catalizador en la siguiente hipótesis: ¿Qué sucede si el Comisario de una Compañía impetra oposición a una decisión adoptada por la Asamblea general de socios (relativa a la aprobación de la rendición de cuentas de un período de la Junta Directiva que controla la mayoría), pese a que el Informe consignado por aquél, arrojó irregularidades que observaron ciertos socios minoritarios? Interrogante forjada dentro de la "problemática de la legitimación", advertida por *De La Plaza, M.* (1948) al analizar el Anteproyecto de ley española de sociedades anónimas, en cuyo recorrido por la doctrina italiana, apostaba al causante de tal problemática,

[42] Término mal utilizado en la legislación venezolana, siendo el correcto: "no presente" (artículo 417 C. Civil).

es decir, al dominio de la teoría del interés. Tras reflejar la tesis de Chiovenda, Carnelutti, Vaselli y Donatti, todas ellas quedaron reducidas al siguiente denominador común:

> <<El interés que legitima la actuación de los que promueven el proceso y de quienes lo contradicen, no está en la mera presentación de la demanda o en la simple contestación, sino que, como dice Zanzuchi, estriba en conseguir el fin a que las partes tienden, o sea la obtención de una decisión jurisdiccional in spe. Pero ese interés deriva de un estado de hecho contrario a derecho que no puede reconocerse sin intervención de los órganos jurisdiccionales. Por donde se justifica la actuación de quienes, en previsión del daño que pueda inferírseles o ya se les ha inferido, interponen su autoridad, bien para evitarlo o, si se hubiese consumado, para ponerse a cubierto de sus consecuencias>> (p. 418).

Construyendo un proyecto de respuesta a la interrogante relacionada a la posibilidad de accionar el comisario, en el procedimiento ínsito en el artículo 290 C. Com.; bajo la vigencia de la Constitución de 1961 –cuyo sistema programático obligaba al juez a situar el desarrollo de la garantía prevista en el reformado artículo 68, en una o varias disposiciones de rango legal o sublegal (reglamentos, ordenanzas)-; es innegable que la falta de legitimación del comisario -que se desprende del texto del enunciado artículo 290-, hubiese servido de fundamento para que se le excluyere del procedimiento, por falta de cualidad legal para actuar, en una suerte de “carencia de acción”.

No obstante, el concepto de “carencia de acción” aún cuando no se encuentra en las leyes positivas, es frecuente observarlo en la jurisprudencia y en textos doctrinales, en los cuales se hace mención al mismo en cuanto a

los requisitos constitutivos de la acción y al rechazo de la demanda no ya por razones de mérito (demanda infundada), sino por defecto de legitimación o de interés procesal (demanda improponible) como afirma *Redenti, E.* (1939).

La doctrina y jurisprudencia italiana y brasilera –según *Rengel, A*. (1995)– señalan casos de "carencia de acción"[43], en aquellos de falta de legitimación y falta de interés procesal, así como por razón de: a) Falta de legitimatio ad causam; b) existencia de la cosa juzgada; c) prescripción del derecho; d) caducidad; e) prohibición legal de admitir; f) omisión de acompañar el instrumento fundamental exigido por la ley; g) interés ilícito o inmoral; h) el pago.

Se observa que en el derecho italiano la doctrina distingue entre: rechazo de la demanda (porque no existe el derecho alegado) y rechazo de la demanda improponible (suerte de "carencia de acción"), por razón de falta de legitimación o falta de interés; luego, de tal doctrina, a modo de subsunción puede afirmarse que, si bien el comisario no tiene legitimación para oponerse a la decisión adoptada por la asamblea general de socios, en la compañía o sociedad en la cual fue designado; nadie, puede discutir su "interés"; no obstante, de seguro, bajo la vigencia de la Constitución de 1961 (cuyo sistema es de esencia programática), tal demanda hubiese sido rechazada por improponible, aún cuando los italianos incluían dentro de las

[43] Siendo más castizo utilizar la expresión: "improponibilidad" para no ignorar las lecciones de *Fairén, V.* (1969), acerca del "proceso como satisfacción jurídica".

razones de impropinibilidad de la acción, no sólo la falta de legitimación, sino además: la falta de interés.

En contraste, según la actual Constitución venezolana (1999), tal decisión se manda al exilio, mediante la puntual distinción que hizo el constituyente en el encabezado del artículo 26, al utilizar dos términos en materia de acceso a los órganos jurisdiccionales: “derecho” e “interés”.

El comisario, si bien, a tenor de lo dispuesto en el artículo 290 C. Com., no tiene “derecho” para oponerse a la decisión adoptada por la asamblea general de socios; puede, por mandato constitucional (encabezado del artículo 26) accesar al Tribunal competente para hacer valer su “interés”; y, un juez teleólogo –según la tesis de Peyrano, J. (1993) debe admitir la demanda, comulgando sin mediar sombra de duda, con la fe del artículo 7 eiusdem, que no sólo aclara el rango superior de la Constitución frente a todo el ordenamiento jurídico, sino a su vez ordena a todas las personas y órganos que ejercen el Poder público (en el cual se incluye el Judicial): sujetar sus actividades a ella.

En otra variante de la hipótesis planteada con antelación –esta vez desde la resistencia-, el artículo 290 C. Com. plantea el absurdo que el administrador será el oído, cuando lo justo y procesalmente debido es llamar al comisario, siguiendo la moda del principio de la “supremacía de la realidad de los hechos”, sobreactuado en materia laboral; sin adentrarse aún en la figura del “litisconsorcio pasivo”.

La modalidad del “litisconsorcio pasivo” no fue contemplada por el artículo 290 C. Com., pese a que los españoles en su Ley de Sociedades Anónimas (1951), específicamente en su artículo 71, permiten a los accionistas que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado, intervenir a su costa en el procedimiento para coadyuvar con la representación legal de la Sociedad. Esta figura sirve de puerta de entrada a los socios que podrán ser oídos en el acto de contestación junto a los representantes legales, para coadyuvar a su favor.

Si esta modalidad (litisconsorcio pasivo) fuese contemplada por el artículo 290 C. Com., el juez a tenor del principio de “igualdad de las partes”[44], estaría obligado a oír a los socios que estuvieran en desacuerdo con la decisión adoptada por la asamblea (lo cual no lo suple la convocatoria a una nueva, pues esta práctica pervierte los principios rectores del proceso, referentes a la “concentración” y la “inmediación del juez”), cuyos integrantes pueden hacerse parte en el procedimiento en una suerte de “litis consorcio activo”.

Relativo a la carrera de obstáculo entre “legitimación” e interés”, *Rengel, A.* (1995) cita a *Invrea, F.* (1920)[45]; por haber dado en el clavo, al declarar:

> <<...la ley, la jurisprudencia, y la doctrina ganarían mucho en precisión si cesaran de considerar el interés como una condición o requisito específico de la acción>> (p. 166).

[44] Previsto en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil venezolano.
[45] Página 320.

La cita del Proyectista del Código de Procedimiento Civil, orquesta una contradicción a lo dispuesto en el artículo 16 eiusdem[46]; hoy superado por lo ordenado en el encabezado del artículo 26 de la Constitución venezolana (1999).

b. Autoridad limitada

Otra de las "proposiciones ontológicas de derecho procesal" desenmascarada por *Couture, E.* (1958), se fusiona con la máxima:

<<Nadie pude ser juez en causa propia>> (p. 489).

Tal afirmación obedece a que todo juicio supone una razón idónea. La razón se tuerce frente a aquellas circunstancias que, con el interés o el amor propio, son frecuentemente más fuertes que el propio sentimiento del deber, espíritu éste que se reduce a su antónimo: "imparcialidad".

El "juicio en causa propia" puede ser un juicio cierto. Pero el derecho, por tradición inmemorial, no quiere que se emita ese juicio, ni aunque sea corto –concluía así el maestro uruguayo-.

Estas enseñanzas de aplicarlas al artículo 290 C. Com., fermentará una incompatibilidad a la consecuencia que encierra la norma, en cuanto a los límites de la decisión del juez, resumida a convocar o no una nueva

[46] "Para proponer la demanda el actor debe tener un interés jurídico actual" (artículo 16, C.P.C. venezolano, 1986).

asamblea. Será la asamblea de socios –recién convocada por orden del juez-, quien decida la suerte del acuerdo objeto de oposición, y esto, precisamente es antinatura a la “proposición ontológica” aquí revisada, pues una asamblea de socios no puede juzgar a través de una razón idónea, pues sus integrantes, cada socio, estará contaminado de intereses propios, más fuertes que el sentimiento del deber y la imparcialidad; luego, resulta indestructible la verdad proferida por *Couture, E.* (1958), acerca de:

> <<Juzgar bajo la presión de esos sentimientos es juzgar sin razón, o bajo el imperio de fuerzas más poderosas que la razón>> (p. 489).

3. Constitucionalización del proceso: traslación del sistema programático (1961) al actual operativo (1999)

Otra prueba del título visionario que ostenta *Couture, E.* (1958), radica en asociar –cuatro décadas pasadas- al “proceso” como “garantía constitucional”. Las Constituciones del siglo XX han considerado, con muy escasa excepción, que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria, en el conjunto de derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora; preceptos constitucionales que universalizan la Declaración de los derechos del hombre, formulada por la Asamblea de las Naciones Unidas, de fecha: 10 de diciembre de 1948, en sus artículos 8 y 10.

Se aprecia en *Couture, E.* (1958) una visión saturada del sistema programático –lo cual era válido para su época-, en cuanto al desarrollo de la garantía constitucional referente al proceso, confeccionando a su vez una especie de teoría sobre la tutela constitucional, conducida por el siguiente sendero:

> <<Más que al juez, al defensor..., esta teoría se dirige al legislador. Ella contiene las admoniciones del constituyente y traza los límites dentro de las cuales este puede desenvolver su contenido>> (p. 153).

Tal sistema programático concentrado en la extinta Constitución venezolana de 1961, obligaba al juez de la causa a buscar el desarrollo del artículo 68 eiusdem[47], en otras de rango legal o incluso sublegal (reglamentos, ordenanzas).

A través de esta óptica, el citado artículo 290 C. Com., emerge como un "dudoso" desarrollo del artículo 68 de la Constitución de 1961 –sin ocultar que aquél fue redactado en 1919-; aún cuando, *De La Rúa, F*. (1971) subrayaba como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva:

> <<La realización del proceso, según los principios constitucionales que lo conforman; aún en el caso de que en un país determinado la Constitución no recoja algunas garantías esenciales del proceso, el derecho de acción debe comprender la realización del mismo con respeto escrupuloso a la igualdad y a la contradicción>> (p. 31).

Antes de determinar cuál de los enunciados que conforman el "debido proceso", previsto como garantía consagrada en el artículo 49 de la

[47] Referente a la garantía o derecho a la defensa.

Constitución venezolana (1999); resulta indispensable comprender el significado del recién importado sistema constitucional “operativo”, también denominado: “normativo”; el que *García de Enterría, E.* (1983) resume de maravillas, en uno de sus subtítulos:

> <<En ciertas materias la Constitución es de aplicación directa como norma de decisión de cualquier clase de proceso, por haber derogado todas las leyes que se opongan a su regulación>> (p. 71).

El principio general de este sistema operativo, subsiste en el artículo 7 de la Constitución venezolana (1999); el cual declara que:

> <<Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución>>.

Tal principio desciende del modelo originario, inserto en la Ley Fundamental de Bonn, en su artículo 1.3, el que a su vez es responsable de procrear al artículo 53.1 de la Constitución española (1978).

Retomando el subtítulo aportado por *García de Enterría, E*. 1983), de que en ciertas materias la Constitución es de aplicación directa como normas de decisión de cualquier clase de proceso, su por qué lo explica la disposición que deroga todas las leyes que se opongan a la misma, como se aprecia –en la legislación venezolana- en la única “disposición derogatoria” de su Constitución, la que en relación al resto del ordenamiento jurídico, indica que mantendrá su vigencia en todo lo que no la contradiga.

García de Enterría, E. (1983) respecto a tal derogación, enseña:

> <<...la totalidad de las regulaciones pre-constitucionales de regulación de los derechos fundamentales contrarios a la

> regulación constitucional ha quedado directamente derogadas por la promulgación de la Constitución, a tenor de su disposición transitoria..., sin que resulte precisa una declaración expresa de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional; la derogación puede ser comprobada, como es normal en todo efecto derogatorio, por el juez que esté entendiendo el caso, incluso de oficio, por virtud de la regla *iura novit curia,* y no precisa, por tanto, la entrada en juego del Tribunal Constitucional. Cualquier Tribunal, pues, tanto los afectados al amparo judicial ordinario y directo de los derechos fundamentales..., como cualquiera... que esté entendiendo de cualquier proceso en que tengan incidencia directa los derechos fundamentales proclamados en la Constitución, deberá aplicar directamente ésta y atribuir al derecho fundamental de que se trate la totalidad de su eficacia, no obstante cualquier Ley anterior>> (p. 74-75).

Esta conclusión a la que llega García de Enterría tiene una enorme importancia práctica; que no ha pasado por desapercibida por la jurisprudencia venezolana.

Desde la perspectiva del sistema constitucional operativo, el juez a quien corresponda conocer sobre una oposición de una decisión adoptada por alguna asamblea general de socios (artículo 290 C. Com.), está obligado –incluso puede hacerlo de oficio, a través del principio *iura novit curia* [48]-, por las razones expuestas con antelación, a comprobar si el procedimiento previsto en el artículo 290 C. Com., incluye todos los enunciados previsto en el artículo 49 de la Constitución (por mandato del artículo 7 eiusdem, en concordancia con la única disposición derogatoria), que se refiere al “debido proceso”. De faltar uno o algunos de los enunciados indicados en el citado artículo 49, en el procedimiento previsto en el artículo 290 C. Com., el

[48] Significa: el juez conoce el derecho.

juzgador debe desaplicarlo, motivando las razones de inconstitucionalidad sobrevenida (según dispone el primer aparte del artículo 334 de la Constitución), sin requerir pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, máxime cuando la disposición única derogatoria de la Constitución –por interpretación en contrario- deroga el ordenamiento jurídico anterior a aquélla en todo lo que la contradiga.

En el subtítulo: "Divergencias a determinados principios ontológicos del proceso", se ensayó el inconveniente de la relatividad de la "acción improponible" de oposición, por parte del comisario de la Sociedad que lo designó, y por cualquier socio que desee coadyuvar a los administradores en la defensa de la Sociedad, a través de la figura del "litis consorcio pasivo"[49]; situación ésta que plantea el infelizmente redactado artículo 290, lo cual, es solucionado, gracias al numeral 3 del artículo 49 de la Constitución (1999) -contentivo del derecho a ser oído-, en concordancia con el artículo 26 eiusdem –en lo que respecta al "interés"-.

Independientemente del recorrido anterior, lo que imprime el carácter inconstitucional al artículo 290 C. Com., es lo antinatura que resulta su consecuencia jurídica, que pareciera obligar al juez de la causa a limitarse a ordenar una convocatoria, para que la asamblea general de socios, sea quien decida el fondo de la controversia, es decir: si anula o no la decisión objeto de oposición.

---

[49] Absolutamente omitido por el artículo 290 del Código de Comercio venezolano.

Esa solución que colisiona con los “principios ontológicos de derecho procesal”, legados por *Couture, E.* (1958), el primero de éstos resumido en la máxima: “la sentencia que no decide la causa no es sentencia”), y el relacionado al contenido de la sentencia que orbita alrededor de la máxima: “nadie puede ser juez en causa propia”); menos se ajustan al enunciado consagrado en el numeral 4 del artículo 49 de la Constitución venezolana (1999), que consagra la garantía del juez natural.

Es norte a seguir que, la asamblea general de socios de una persona jurídica en lo mercantil, no puede ser juez natural que decida la controversia de la deliberación objeto de oposición (aún en aquellas que simplemente esté comprometido una o varias cláusulas de los estatutos), pues el principio de “imparcialidad” exigido a cualquier juez (numeral 3, artículo 49 de la Constitución), no puede garantizarlo los socios, quienes juzgarán –parafraseando a *Couture, E. (*1958)- “bajo la presión de sus sentimientos; opacando a la razón, bajo el imperio de fuerzas más poderosas que ésta”.

B. TIPOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO DE COMERCIO VENEZOLANO

Toda la recreación que precede, sirvió para constatar el género de la naturaleza jurídica del mecanismo adjetivo consagrado en el artículo 290 C. Com., como un “procedimiento” y no un “proceso”; resultado éste al cual se llega por diferentes trayectorias.

El primero desemboca en la ubicación del año 1919 (entrada en vigencia del Código de Comercio venezolano –el cual ya contenía la redacción del vigente artículo 290, con otra numeración[50]-), coincide cronológicamente al período o etapa que *Alcalá-Zamora, N.* (1947) –al emitir su versión de evolución del derecho procesal-, bautizó: "procedimientalista", el cual varia entre 1830 y 1920, y por ende, es inmediato anterior al procesalismo científico moderno y a su Teoría.

El segundo trayecto –más contemporáneo-, presenta una bifurcación de vías –una subterránea respecto a la otra-, que dibujan diferentes paisajes[51]. Ambas alternativas conducen a idéntico destino, es decir al "procedimiento".

Refuerzan la conclusión anterior, un considerado número de autores, entre ellos: *Fairén, V.* (1948)[52]; *De Leyva, J.* (1962)[53]; y *Ortíz, R.* (1998)[54] –entre otros-.

Por último, definido como ha sido el género de la naturaleza jurídica del artículo 290 C. Com, corresponde ahora determinar su tipo o especie (a través de la acción), donde la doctrina nacional no resulta conteste, pues ésta se pasea entre las siguientes tesis:

---

[50] Artículo 295.

[51] El de las "divergencias con determinados principios ontológicos del proceso" y el de la "constitucionalización del proceso" (Capítulo II, ib.).

[52] En el subtítulo: "Inserción de un procedimiento –sui generis- en una ordenación de derecho material (signado: I°., p. 416).

[53] "La acción de impugnación de los acuerdos sociales nulos podrá ventilarse, bien mediante el procedimiento especial que la Ley instituye o bien mediante el juicio declarativo en la Ley de Enjuiciamiento Civil" (p. 500).

[54] En el subtítulo: "Procedimiento de oposición a las decisiones de las asambleas" (signadas: 5.2.1, p. 175).

1. Se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria (como lo ha sostenido la Casación Civil venezolana, desde 1972 hasta 1987).
2. No constituye un verdadero juicio -Vaillatti, G. (1967) y de Hung, V. (1981)-.
3. Es un juicio de carácter no contencioso, impulsado por el derecho de revisión del accionista; pero no se trata de una acción de nulidad –Fuenmayor, J. (1997)-.
4. Consiste en un procedimiento contencioso; pero no cautelar autónomo –Ortíz, R. (1998)-.
5. Se considera que el procedimiento en cuestión tiene carácter jurisdiccional, pues existe contención entre partes y decisión de conflicto de intereses por parte del Tribunal, dentro del ámbito limitado del derecho de oposición –Zerpa, L. (1987)-.

A continuación, de modo sucinto, serán recorridos aquéllos, y desarrollada la autotesis que se atreve a catalogar al artículo 290 C. Com, como un "procedimiento de oposición con efecto preventivo suspensivo, cuyo objetivo es la anulabilidad más que la nulidad de la deliberación asamblearia".

1. Procedimiento de jurisdicción voluntaria

La Casación Civil venezolana ha sostenido constantemente el criterio de que la naturaleza de la decisión del juez –proferida en atención al citado artículo 290-, es la de un acto de jurisdicción voluntaria. En este sentido ha

habido los siguientes pronunciamientos: 10 de agosto de 1972; 11 de mayo de 1983 y 15 de octubre de 1987. De estas sentencias la que más trascendió fue la correspondiente al litigio que se seguía por la propiedad del periódico Tribuna Popular entre miembros del Partido Comunista.

El procedimiento previsto en el art. 290 del Código de Comercio no constituye un verdadero juicio. La Corte comienza afirmando que la primera observación que surge del análisis del citado texto legal es que el procedimiento previsto en el mismo 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 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.

La posición es la misma que ya en sentencia anterior sostuvo en 1972 el máximo tribunal, en la cual expresó que en el conflicto de intereses suscitado en este procedimiento, la solución no queda a cargo del juez u órgano jurisdiccional, sino que por expreso mandato legal; es la propia sociedad, por intermedio de su voluntad soberana expresada en la asamblea, quien decide, con carácter obligatorio para todos los socios; por tanto, en los fallos que se dicten en dicho procedimiento no opera el recurso de Casación.

Fuenmayor, J. (1998) critica a esta posición, que la facultad atribuida al juez por imperio del artículo 290, es pronunciarse según su prudente

arbitrio, según una decisión no sujeta a apelación, por no tener el carácter de una “sentencia” ni la de un acto de jurisdicción voluntaria, sino el de una “providencia”, que no corresponde con exactitud dentro de la naturaleza del acto de jurisdicción voluntaria, sino más bien a la de un acto de naturaleza especial, pues no interviene en la formación de una situación jurídica, ni su pronunciamiento reviste las características establecidas en el único aparte del artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto, una vez pronunciada su decisión, ésta se hace permanente, inmodificable e irrevocable.

2. No constituye un verdadero juicio

Aquí se detienen tanto Vailatti, G. (1967), como Hung, V. (1981). Para el primero, el procedimiento previsto en el artículo 290 C. Com., no constituye un verdadero juicio, pues el procedimiento previsto en el mismo no se considera 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 más bien 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.

Por su parte, Hung, V. (1981) considera que al aludido procedimiento, la Corte lo califica de simple recurso de oposición concedido al socio. En atención a lo expuesto expresa:

> <<En efecto, al destacar que la función del órgano jurisdiccional en el procedimiento de oposición se limita a suspender la ejecución del acuerdo denunciado y a ordenar que se convoque una segunda Asamblea, y que el Tribunal no pronuncia un juicio de valor tendente a hacer cesar un conflicto ínter partes, al destacar que la decisión de la segunda Asamblea no emana de un órgano jurisdiccional, se llega igualmente al resultado de que tampoco la confirmación de la decisión cuestionada que efectúe la Asamblea convocada conforme al art. 290 causa cosa juzgada (p. 56).

3. Es un juicio de carácter no contencioso, impulsado por el derecho de revisión del accionista; pero no se trata de una acción de nulidad

Esta variante la encabeza *Fuenmayor, J.* (1997), quien la reduce a las siguientes “conclusiones”, más que preliminares, prematuras y no compartidas:

3.1. 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 no se realiza por el juez sino por los mismos accionistas en una Asamblea posterior convocada por él. No hay acción de nulidad directa en cabeza del accionista para atacar una decisión de la

Asamblea General. Esto es así en razón del mecanismo de la formación de la voluntad en los entes colectivos y lo dispuesto en el artículo 290 C. Com.

3.2. La resolución del Juez acordando o negando la convocación de la Asamblea 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 (artículos 23 y 264 del Código de Procedimiento Civil). La nueva apelación introducida en el artículo 896 para las resoluciones judiciales sobre jurisdicción voluntaria no tiene cabida contra la providencia del Juez, surgida del artículo 290 C. Com., pues dicha disposición establece un procedimiento de diferente naturaleza.

3.3. No hay condena en costas en la providencia del Juez, pues no hay parte demandada.

3.4. Otorga un poder omnímodo a la segunda Asamblea, para dictar decisiones aún contrarias a los estatutos o la Ley. Este poder que de primer intención repugna a la conciencia jurídica lo debemos examinar en su alcance y justificación. En primer lugar, si bien la autorización para tomar decisiones contrarias a le Ley parece autorizar un estado de ilegalidad, debemos comenzar por decidir que todo lo que está en la ley es legal y moral, y al estar autorizado por la Ley deja de ser ilegal, En cuanto a la permisibilidad de un acto contrario a los estatutos no merece mayor comentario, pues siendo éstos producidos por un acto de voluntad del ente colectivo, queda sujeto a la voluntad del mismo ente, para variar su contenido y mantener un acto contrario a los estatutos, por decisión de la

segunda Asamblea, no es nada más que reconocer este derecho y tenerlo como una reforma de los mismos. La ilegalidad de los actos que contrarían lo dispuesto en el artículo 285 del Código de Comercio, es una problema de otra naturaleza.

3.5. La violación por una decisión de la Asamblea del régimen legal de la compañía o del régimen legal, sólo puede ser invocada por el tercero por vía de excepción, por lo cual éste no tiene acción para demandar la nulidad de la resolución hasta que no choque contra su patrimonio. Esta situación deviene de que para que haya acción debe haber interés y este interés no surge para los terceros hasta que se pretenda hacer efectiva contra él lo decidido por la Asamblea. No cabe tampoco el ejercicio de la acción de mera declaración por el tercero, ya que la decisión de la Asamblea no le es oponible sino mediante juicio ordinario conforme al artículo 338 del Código de Procedimiento Civil.

3.6. El derecho de oposición sólo corresponde a los accionistas y no puede ser ejercido por un tercero porque el derecho que concede el artículo 290, es intuito socius en forma exclusiva.

4. Procedimiento contencioso; pero no cautelar autónomo

Aquí *Ortíz, R.* (1998) clava su bandera, para reclamar para sí ésta tan codiciada porción de la doctrina, que enmarca dentro de las siguientes características:

4.1. Se trata de un verdadero proceso ‘contencioso’ en contra de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria; estimamos que, en estos casos, se perfecciona un verdadero conflicto que debe ser resuelto por el órgano jurisdiccional. Conflicto hay desde el momento en que alguien pretende y contra alguien que se pretende, al cual la persona contra la cual se pretende puede hacer observaciones. El artículo establece ‘oyendo previamente a los administradores’ lo que implica que debe haber un contradictorio para proceder con la consecuencia jurídica allí prevista.

4.2. Una vez constatado que existen las irregularidades denunciadas, y previo al hecho de oír a los administradores, el juez puede suspender la ejecución de la decisión y luego convocar la celebración de una nueva asamblea. En modo alguno se permite que el juez puede suspender la ejecución de la decisión y luego convocar la celebración de una nueva asamblea. En modo alguno se permite que el juez pueda suspender la decisión impugnada por vía de una medida cautelar pues ésta es precisamente el contenido de la decisión de fondo.

4.3. Se establece un lapso de caducidad dentro del cual debe necesariamente intentarse el procedimiento, que es de quince días contados a partir de la fecha de la decisión.

4.4. Si en la asamblea se encuentra presente un número de socios que representa las tres cuartas partes del capital social y el voto favorable de los que representan la mitad de ese capital (artículo 280) entonces la

decisión será obligatoria; en caso de no llenar ese quórum se procederá como lo establece el artículo 281.

4.5. Si se trata de decisiones que recaigan sobre el reintegro o el aumento del capital, cambio del objeto de la compañía entonces el socio que no esté de acuerdo tiene el derecho de separarse de ella obteniendo el reembolso de sus acciones en proporción del activo social.

4.6. Es impertinente, en este tipo de procedimiento, se nombre a una administrador judicial; pues no guarda relación la validez de la decisión con la actuación material de los administradores, y además el juez debe oírlos previamente para poder suspender la decisión y convocar una nueva asamblea.

4.7. En cuanto a la suspensión de la decisión, estima que tampoco es posible puesto que se estaría ejecutando anticipadamente la decisión final del procedimiento (recordemos que la consecuencia jurídica de haber constatado las irregularidades es precisamente suspender la asamblea y convocar una nueva), si se concede cautelarmente esta posibilidad se estaría ejecutando anticipadamente esa decisión.

4.8. Si el juez suspende la decisión impugnada se está subsumiendo en la voluntad de la asamblea que debe convocarse para decidir sobre el punto discutido, de modo que no se trata solamente del hecho de ejecutar anticipadamente la decisión del juez en el procedimiento sino que también está anticipando la decisión que debe tomar la Asamblea una vez que sea convocada para decidir sobre el punto.

5. Procedimiento de carácter jurisdiccional dentro del ámbito limitado del derecho de oposición

Esta es la versión que defiende Zerpa, L. (1987), de la cual se transcribirán los extractos más relevantes:

> <<El procedimiento de oposición tiene carácter jurisdiccional: en el hay contención entre partes y decisión del conflicto de intereses por el tribunal dentro del ámbito limitado del derecho de oposición. No compartimos el criterio de la Sala de Casación Civil Mercantil, y del Trabajo que calificó este procedimiento de "naturaleza simplemente administrativa" entendemos que el carácter jurisdiccional del procedimiento no ofrece dudas, por lo cual resulta extraña esa calificación dada por la Sala. El carácter jurisdiccional y, específicamente, contencioso del procedimiento ha sido esclarecido por la Sala Político-Administrativa, en sentencia posterior. cuya argumentación transcribimos:
> "De la exposición 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 opone la mayoría de los socios a la minoría, impugnante de la decisión adoptada en la asamblea. Dentro de los limites 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".
> "Igualmente resuelve el conflicto de intereses siempre dentro del marco de la nulidad relativa, cuando desecha la oposición por considerar que no existen los vicios denunciados, decisión esta ultima que puede ser objeto de recurso de apelación ante el órgano judicial superior".
> "La naturaleza sumaria del procedimiento según el cual se decide la acción, término éste expresamente utilizado por el legislador en el segundo aparte del art. 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 sus actos

> administrativos pudiera iniciarse por ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativa">> (p. 104-105).

6. Procedimiento de oposición cuyo objetivo es la anulabilidad más que la nulidad de la deliberación asamblearia (autotesis)

Transitadas las principales arterias a través de las cuales es irrigada la doctrina local, finalmente aquí fijamos domicilio.

En virtud de lo expuesto en el subtítulo: “Eslabón perdido...” –inserto en el Capítulo I ib.-, se descubre que la acción prevista en el artículo 290 C. Com. –de exclusiva concentración de oposición y no de impugnación-, debe su tara a la omisión del legislador venezolano, al no importar la solución italiana prevista en el Código Civil de 1942, es decir, se ocupó de traer el artículo 163 del Código de 1882; pero no le hizo seguimiento a la transformación posterior que sobre el sistema, efectuaron sus creadores. En tal sentido, Garrigues, J. (1946) califica la acción inserta en el artículo 163 del Código italiano de 1882, de: “oposición”[55], por cuanto:

> <<El Código Civil de 1942 transforma la acción de oposición en una acción de impugnación (a semejanza del sistema alemán), y la concede a los administradores, a los síndicos y a los socios ausentes o disidentes o con derecho de voto limitado, contra los acuerdos que no se hayan tomado de conformidad con la ley o con el acta constitutiva>> (p. 417).

En efecto, la no importación por parte del legislador venezolano del citado cambio suscitado en el ordenamiento jurídico italiano (del sistema de

[55] Página 417.

oposición previsto en el artículo 163 del Código de 1882, al vigente de impugnación consagrado en el Código Civil de 1942), es motivo más que suficiente para fulminar cualquier germen de duda, sobre el tipo de acción ínsita en el procedimiento especial previsto en el artículo 290 C. Com., pues se aprecia que en la fuente legislativa que copia el legislador patrio evolucionó hacia un sistema que aquél omitió incorporar al nuestro; luego, la inexistencia del sistema de impugnación en el citado artículo 290, es patente y justifica la huida confesada hacia la acción de nulidad –por analogía- pautada en el artículo 1.346 C. Civil.

Por último en defensa de la presente autotesis, se incorpora el hemisferio faltante, para completar un todo, el cual lo integra las diferencias entre la nulidad absoluta (artículo 1.346 C. Civil) y la anulabilidad u oposición (artículo 290 C. Com.), que se abordan desde dos polos: “En cuanto al ente que la decide” y “en cuanto a los supuestos de hecho de la acción”.

a. En cuanto al ente que la decide

La “acción de nulidad” (artículo 1.346 C. Civil) la decide el órgano jurisdiccional, mientras que la “oposición” o “anulabilidad del acuerdo”, la decide la asamblea de socios, por orden de efectuar nueva convocatoria, que emana del Tribunal de la causa (artículo 290 C. Com).

b. En cuanto a los supuestos de hecho de la acción

La "acción de oposición" o de "anulabilidad" abraza las decisiones adoptadas por la asamblea general de socios, manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley (artículo 290 C. Com.). Ante el silencio de la norma de ampliar qué supuestos de hecho se incluyen en el término utilizado por el legislador (decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley), se debe acudir, por culpa de aquél defecto, a la doctrina, para así desentrañar cuáles acuerdos en específico conforman la citada generalidad. En los profesores Garriges y Uria[56] -citado por *De Leyva, J*. (1962)-, se ubica un excelente esquema –desde luego, pasado por la tabla de conversión para adaptarlo al sistema venezolano-, que sugiere las distintas variaciones de acuerdos, que comprenden el citado término muy universal: "contrarias a los estatutos o la Ley", desde dos grupos: b.1) Acuerdos adoptados en reunión de accionistas que no pueda reputarse verdadera y válida la asamblea general: b.1.1) Por falta de convocatoria, b.1.2) por no haber sido convocada por la junta directiva, b.1.3) por no haber sido convocada en la forma prevista por la ley (que incluye la falta de publicación de la convocatoria en un periódico local o de circulación nacional –según lo previsto en los estatutos-, b.1.4) por no haber sido constituida con el quórum necesario, b.1.5) por haberse celebrado con el carácter de asamblea universal sin estar presente todo el capital social o haber existido

[56] "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas" (Madrid, 1953, pág. 631 y siguientes).

unanimidad, b.1.6) por haber sido ilegítimamente privado el socio o accionista asistente del derecho de voz, b.1.7) por haber sido algún socio o accionista ilegítimamente privado de asistir a la asamblea, b.1.8) por suprimir radicalmente todo debate o deliberación privando a los socios o accionistas asistentes del derecho de voz. A este grupo anexamos por convicción propia: b.1.9) por deliberar la asamblea sobre un punto no previsto en la convocatoria; b.1.10) por incluir la convocatoria el punto denominado: "varios" y la asamblea haya deliberado sobre uno o varios acuerdos distintos a los convocados colocándolos en el citado punto; y el segundo grupo "b.2) Por no haberse podido formar la voluntad colectiva", comporta la siguiente variedad: b.2.1) cuando no haya sido tomado el acuerdo con la mayoría de votos de los socios o accionistas concurrentes a la asamblea, b.2.2) cuando el acuerdo no haya conseguido la mayoría calificada que la ley exige en determinados casos, b.2.3) cuando hayan sido decisivos para formar la mayoría: votos que adolezcan de algún vicio que los invalide.

Por otra parte, son "supuestos de hecho" de la "acción de nulidad" (absoluta), todo acuerdo contrario al orden público y a las buenas costumbres, que el Código Civil a través del artículo 1.346, fijó un lapso de caducidad de 5 años; a diferencia del único aparte del artículo 69 de la Ley española de Sociedades Anónimas, que en relación a la "acción de nulidad" de los acuerdos contrarios a la ley, el orden público y a las buenas costumbres, previó que no quedan sometidos a plazos de caducidad.

Hoy la acción autónoma de nulidad (artículo 1.346 C. Civil) que algunos disidentes desechan por improcedente[57], en parte por el exagerado lapso de caducidad (de 5 años) para intentar la misma, que no se amolda a las necesidades que exige el tráfico mercantil; pero tal celeridad no puede imponerse jamás a la tutela judicial efectiva de un socio e incluso de un sujeto que tenga "interés"[58] , a quien le ha transcurrido el efímero lapso de 15 días previsto para la acción de oposición (artículo 290 C. Com.), pese a que el acuerdo adoptado por la asamblea general esté infectado de vicios que trastocan el orden público o las buenas costumbres; fines éstos superiores del Estado, que triunfan sobre el interés particular. Por ser el orden público y las buenas costumbres, conceptos jurídicos indeterminados, con intención de ofrecer cierta luz; respecto al primero, la doctrina pacífica y reiterada de la reformada Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil), desde el 24 de diciembre de 1915[59], ha proclamado que:

> <<...el concepto de orden público representa una noción que cristaliza todas aquellas normas de interés que exigen observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada.
> A estos propósitos es imprescindible tener en cuenta que si el concepto de orden público tiende a hacer triunfar el interés general de la sociedad y del Estado frente al particular del individuo, para asegurar la vigencia y finalidad de determinadas instituciones de rango inminente, nada que pueda hacer o dejar de hacer un particular y aun una autoridad, puede tener la virtud de subsanar o de convalidar

[57] Fuenmayor, J. (1997).
[58] Como el caso del Comisario.
[59] Ratificada en la sentencia N° 53 del 02 de marzo de 1995, ponencia del Magistrado Carlos Trejo Padilla, en el juicio "Armando Maggiorani y otra" contra "Centro Clínico, C.A.", Expediente N° 94-164; Pierre, O. (1995, marzo).

> la contravención que menoscabe aquel interés, lo que equivaldría a dejar en manos de particulares o de las autoridades, la ejecución de voluntades de Ley que demanden perentorio acatamiento...” (G. F. N° 119, V. I. 3° etapa, pág. 902 y s. Sent.: 24.02-83, bajo ponencia del Conjuez Leopoldo Márquez Añez)>> (p. 359).

En cuanto al concepto de “buenas costumbres”, cualquier diccionario es suficiente para remitirnos a la moral, que es un concepto que arrastra mayor rango de indeterminación pues ésta posee vigencia en un lugar y época específico. *Ossorio, M*. (1981) considera a las “buenas costumbres”, reglas de moral a que deben ajustarse todas las personas y que no pueden ser derogadas convencionalmente. En muchas ocasiones la Ley califica determinadas conductas del hombre como contrarias a la moral o a las buenas costumbres; en su defecto, queda sujeta a la formación del juez que corresponda la decisión de la causa, fijar los límites de este territorio.

A modo de clausura, se deduce que la incógnita que plantea la ecuación de los artículos 290 C. Com. y 1.346 C. Civil, brinda mayor seguridad dejar su despeje, en manos del reformador, a quien se le sugiere tomar en consideración la advertencia an latente, proveniente de *Fairén, V.* (1953):

> <<Si a este difícil trance debe o no renunciar a introducir mecanismos técnicos justos y útiles en beneficio de la uniformidad de la antigua (y muchas veces inadecuada) administración de justicia, es problema que toca resolver más bien a la Filosofía del Derecho>> (p. 609).

BIBLIOGRAFÍA

Alcalá-Zamora, Niceto (1947). *Proceso, autocomposición y autodefensa.* México: Dirección General de Publicaciones de la Unam (Universidad NacionalAutónoma de México).

_____ **(1962).** *Examen del enjuiciamiento mexicano y conveniencia de su reabsorción por el civil.* Revista de la Facultad de Derecho de México, N° 7. México.

Bulygin, E. (1961). *La naturaleza jurídica de la letra de cambio.* Buenos Aires: E.J.E.A.

Boter, Fernando (1954). *Impugnación de acuerdos sociales.* Revista de Derecho Privado, Tomo XXXVIII (enero-diciembre). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Carli, D. (1962). *Derecho procesal.* Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Carnelutti, Francesco (1959). *Instituciones del proceso civil* (volumen I). Traducción: *Santiago, S.* Buenos Aires: E.J.E.A.

Código Civil (1982). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 2.990 (extraordinario), julio 26/1982.

Código de Comercio (1955). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, números: 472 y 475 (extraordinarios), octubre 17/1955 y diciembre 21/1955.

Código de Procedimiento Civil (1986). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 3.864 (extraordinario), enero 06/1986.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Gaceta Oficial N° 36.860, diciembre 30/1999.

Corte Suprema de Justicia (1997), República de Venezuela, Sala de Casación Civil, Sala Accidental (sentencia N° 205, julio 31/1997, ponencia del ex conjuez: Méndez Carvallo Andrés, Expediente N° 96-327), caso: "Electrospace, C.A." contra "Banco del Orinoco, S.A.C.A.".

Couture, Eduardo (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil* (tercera ed., 11ª. reimpresión). Buenos Aires: Ediciones Depalma.

De La Plaza, Manuel (1948). *Las acciones de impugnación contra los acuerdos sociales.* Revista de Derecho Privado, N° 374 (mayo). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

De La Rúa, Fernando (1991). *Teoría general del proceso.* Buenos Aires: Ediciones Depalma.

De Leyva, Juan (1962). *Impugnación de acuerdos en las sociedades anónimas según el derecho vigente en España.* En: La società per azioni alla metà del secolo XX, studi in memoria di Angelo Sraffa, Tomo II. Padova: Cedam (Casa Editrice Dott. Antonio Milani).

Fairén, Víctor (1953). *Introducción a un estudio del proceso del artículo 70 de la ley de sociedades anónimas.* Revista de Derecho Privado, números: 436-437 (julio-agosto). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

_____ **(1953).** *La suspensión del acuerdo social en el proceso del artículo 70 de la ley de sociedades anónimas.* Revista de Derecho Mercantil, Vol. XV-Núm. 43 (enero-febrero). Madrid: Editorial de la Revista de Derecho Mercantil.

_____ **(1969).** *Temas del ordenamiento procesal.* Tomo I (Historia. Teoría general). Madrid: Editorial Tecnos.

Franceschelli, Remo (1953). *Sospensione di delibere assembleari impugnate.* En: Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja, vol. secondo (diritto commerciale e industriale). Traducción libre de: Longo, Paolo. Bologna: Nicola Zanichelli Editore.

Fuenmayor, José (1997). *Improcedencia de la acción de nulidad ordinaria contra decisiones de las asambleas. La acción de impugnación de las resoluciones de las asambleas de las compañías anónimas en el derecho venezolano (artículo 290 del Código de Comercio).* Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 51 (septiembre). Caracas: Publicaciones Ucab.

García de Enterría, Eduardo (1983). *La constitución como norma y el tribunal constitucional* (tercera ed.). Madrid: Editorial Civitas, S. A.

Garrigues, Joaquín (1946). *Nulidad e impugnabilidad de los acuerdos de la junta general de la sociedad anónima.* Revista de Derecho Mercantil, N° 1 (enero-febrero). Madrid: Editorial de la Revista de Derecho Mercantil.

Garrigues, Joaquín y **Uria, Rodrigo (1976).** *Comentarios a la ley de sociedades anónimas.* Tomos: I y II. Madrid: Imprenta Aguirre.

Goldschmidt, Roberto (1962). *Un anteproyecto venezolano relativo a las sociedades de comercio.* En: La società per azioni alla metà del secolo XX, studi in memoria di Angelo Sraffa, Tomo II. Padova: Cedam (Casa Editrice Dott. Antonio Milani).

Hung, Francisco (1981). *Sociedades.* Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Le Pera, Sergio (1971). *La "naturaleza jurídica".* Buenos Aires: Ediciones Pannedille.

Leyes y Decretos de Venezuela (1992), Tomo 39. *Código de Procedimiento Civil de 1916*. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Mignoli, Ariberto (1953). *Invalidità di deliberazioni assembleari di società per azioni e diritto dei terzi.* En: Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja, vol. secondo (diritto commerciale e industriale). Traducción libre de: Longo, Paolo. Bologna: Nicola Zanichelli Editore.

Montero, Juan (1979). *Introducción al derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso* (segunda ed.). Madrid: Editorial Tecnos.

Morles, Alfredo (1989). *Curso de derecho mercantil* (tercera ed.). Tomo II (las sociedades mercantiles). Caracas: Editorial Sucre.

Ossorio, Manuel (1981). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.* Buenos Aires: Editorial Heliasta, S.R.L.

Ortíz, Rafael (1998). *Las medidas cautelares innominadas y las disposiciones complementarias en los procedimientos mercantiles.* Revista Fundación Procuraduría, N° 27. Caracas.

Pérez, Nicolás (1949). *Impugnación de los acuerdos de las juntas generales de las sociedades anónimas.* Anuario de Derecho Civil. Serie 1ª. (publicaciones periódicas), N° 2, Tomo II, Fascículo IV. Madrid: Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

Peyrano, Jorge (1993). *El proceso atípico (atribuciones judiciales – medidas cautelares – constitución de la litis – materias probatorias, decisoria y recursiva – el pensamiento procesal).* Buenos Aires: Editorial Universidad.

Pierre Tapia, Oscar (1995/mayo). *Jurisprudencia de la corte suprema de justicia* (sentencia N° 53, Sala de Casación Civil, ponencia del ex Magistrado: Carlos Trejo Padilla; Expediente N° 94-164), caso: Juan Armando Maggiorani y otra contra Centro Clínico, C. A.

Redenti, Enrico (1957). *Derecho procesal civil.* Tomo I. Traducción: Sentis, S. Buenos Aires: E.J.E.A.

Rengel, Arístides (1995). *Tratado de derecho procesal civil venzolano (según el nuevo código de 1987),* quinta ed., vol. I. Caracas: Editorial Arte.

Rivera, S. (1958). *El procedimiento penal* (segunda ed.). México: Dirección General de Publicaciones de la Unam (Universidad Nacional Autónoma de México).

Stolfi, Mario (1953). *Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni.* En: Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja, vol. (diritto commerciale e industriale). Traducción libre de: Longo, Paolo. Bologna: Nicola Zanichelli Editore.

Tribunal Supremo de Justicia (2000), República Bolivariana de Venezuela, Sala de Casación Social. *Anteproyecto de ley orgánica procesal del trabajo.* Caracas: Editada por el Tribunal Supremo de Justicia.

Zerpa, Levis (1976). *La fiscalización de la sociedad anónima mediante comisarios en el derecho venezolano.* Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales.