

EMBARGADA PREVENTIVAMENTE UNA ACCIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA, ¿QUIÉN TIENE EL DERECHO A VOTO EN LAS ASAMBLEAS DE ACCIONISTA?

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

Abogado. Profesor de las asignaturas Prácticas de III Nivel y Teoría General de la Prueba en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Jefe del Departamento de Derecho Privado y Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Decano (e) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB).

Resumen

Una de las carencias del Código de Comercio es la de obviar el tratamiento que debe dársele a las acciones de una sociedad anónima que hayan sido objeto de una medida cautelar de embargo, en cuanto a quien debe ejercer el voto en la asamblea de accionistas, sea esta ordinaria o extraordinaria. En el presente trabajo se trata de precisar a quién corresponde ese derecho, a fin de no perjudicar ni al beneficiario de la medida cautelar ni a aquel contra quien se ha decretado.

Palabras clave: acciones, asamblea de accionistas, embargo, medida cautelar, depositario judicial.

Abstract

One of the shortcomings of the Venezuelan Commercial Code is to ignore the treatment that must be given to the actions of a corporation that have been subject to a precautionary seizure measure, as to who should exercise the vote in the assembly of shareholders, be it ordinary or extraordinary. In the present work, it is a question of specifying to whom this right corresponds, in order not to harm neither the beneficiary of the precautionary measure nor the one against whom it has been decreed.

Keywords: actions, shareholders' meeting, seizure, precautionary measure, judicial depository.

I. ADVERTENCIA INICIAL.

El punto que se pretende tratar es a quién corresponde el derecho a voto de una acción de una sociedad anónima que haya sido embargada de manera preventiva. La intención es esbozar las tres tesis que se manejan sobre este aspecto, ya que la normativa venezolana no aporta una solución positiva que permita asumir una posición definitiva sobre el tema, por lo que se han diseñado tres tesis que se han aplicado de acuerdo a criterios nada claros doctrinariamente, es decir, no ha habido un sustento adecuado, al menos, a dos de ellas según nuestra óptica. De allí que erráticamente cuando un juez ha practicado una medida cautelar de embargo sobre una acción de una sociedad anónima, ha determinado, de acuerdo a su percepción de las circunstancias, quien es el que debe ejercer el voto por dicha acción en una asamblea bien sea ordinaria o extraordinaria, por lo que en muchas ocasiones han tomado decisiones disímiles, y en casos ni siquiera han proferido alguna decisión con respecto a ello.

En otro contexto realizamos un arqueo jurisprudencial y no encontramos que el Alto Tribunal de la República tenga algún pronunciamiento al respecto. Solamente encontramos una sentencia proferida por una Corte Superior con competencia en materia Civil y Mercantil de la entonces Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, la que se cita en este trabajo. Por tanto, basado en nuestra experiencia práctica trataremos de arribar a la conclusión que estimamos es la correcta, a los fines de no desvirtuar la razón esencial del decreto de la cautela y evitar lesionar los intereses involucrados, es decir, el del demandante y el del demandado.

Consideramos que los planteamientos que se formularán también son aplicables a la Sociedad en Comandita por Acciones, así como a la Sociedad de Responsabilidad Limitada,¹ que si bien emite cuotas sociales, estas se pueden asimilar a las acciones que conforman el capital de la sociedad anónima.

¹ La Sociedad de Responsabilidad Limitada tiene algunas particularidades, a saber: La responsabilidad de los socios se limitará al monto de sus respectivos aportes establecidos en el contrato social (Art. 312 C. Comercio). En la oportunidad de constituir la sociedad, los socios deben suscribir el monto del capital social e integrar el cincuenta por ciento de los aportes en dinero, por lo menos, y la totalidad de los aportes en especie (Art. 313 C. Comercio). En el documento constitutivo podrán establecerse, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias y pagos complementarios distintos de los aportes de capital. (Art. 314 C. Comercio). El capital no podrá ser menor de veinte mil ni mayor de dos millones de bolívares (Art. 315 C. Comercio). Se establece un sistema particular de cesión de las cuotas sociales (Art. 317 C. Comercio). La cesión de las cuotas debe hacerse por medio de documento auténtico y ser inscrita, a solicitud de cualquiera de las partes, en el Libro de Socios, para que pueda producir efecto respecto a la compañía. (Art. 318 C. Comercio). En caso de usufructo de cuotas sociales, la cualidad de socio residirá en el nudo propietario (Art. 321 C. Comercio). Además de los libros prescritos para todo comerciante, la compañía de responsabilidad limitada debe llevar: a) El Libro de Socios, en el cual consten el nombre, domicilio y nacionalidad de los socios ... (Art. 328 C. Comercio).

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL.

Es de advertir que existen procesos cautelares que no persiguen la declaración de un hecho o la exigencia de una responsabilidad, ni de la constitución de la relación jurídica, ni tampoco dirimir un litigio, sino prevenir los daños que el litigio pudiera acarrear. Estos procedimientos pueden ser conservativos o preparatorios, si persiguen impedir que se modifique la situación existente² o, por el contrario, crear un soporte que servirá para una actuación posterior.³ Dichos procedimientos los tenemos contemplados en el Código de Procedimiento Civil y en leyes especiales, como la Ley sobre Derechos de Autor.

De allí, que siguiendo a Devis Echandía⁴, se puede definir la acción cautelar como el derecho, que tiene cualquier interesado, de iniciar un procedimiento para que se adopten las medidas judiciales necesarias para el aseguramiento de la satisfacción de un derecho material, o para la defensa; es decir, para que se realice un proceso cautelar, el cual puede ser autónomo, como precedentemente se indicó; pero, por lo general, es accesorio o dependiente de otro, como la que persigue medidas cautelares previas a la ejecución.⁵

La intención de las cautelas como dependiente es para evitar generalmente que el demandado haga ineficaz los efectos prácticos de la demanda o los burle mediante maniobras. Dicho en otras palabras, las medidas cautelares persiguen garantizar las resultas del juicio. Por ello, se les asigna como características las siguientes: a) la accesoriedad, ya que no constituyen un fin en sí mismas, sino que están establecidas con miras a una ulterior providencia, es decir, la sentencia de mérito, que es lo que han asegurado preventivamente; b) la temporabilidad, por ser una decisión provisoria, y está referida al período que transcurrirá entre el decreto de la cautela y la sentencia definitiva que

² Proponer una demanda a fin de evitar que se consume la caducidad de la acción.

³ Ver artículo 631 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a la preparación de la vía ejecutiva.

⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Editorial A B C. Bogotá 1985. Tomo I. Pág. 206

⁵ En sentencia proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 3 de noviembre de 2010 (caso: Sociedad Mercantil Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.), correspondiente a la solicitud de Revisión de la sentencia 687 emanada de la Sala Político Administrativa del mismo Tribunal Supremo, en fecha 21 de mayo de 2009; determinó que en materia de arbitraje comercial se admitirán medidas cautelares previas al proceso, las que por su urgencia no deben ser solicitadas iniciado el proceso, sino que pueden ser dictadas de manera previa. Estas medidas pueden ser acordadas por los órganos que integran el Poder Judicial aún cuando se determine la falta de jurisdicción para el conocimiento del fondo del asunto controvertido en virtud de la existencia de un compromiso arbitral; sin embargo – indica la sentencia – dicho órgano mantiene su competencia para resolver (exclusivamente) sobre la medida cautelar solicitada o para la resolución de la eventual oposición a ella.

se dicte en el mismo proceso;⁶ c) la revocabilidad, porque las cautelares son susceptibles de sufrir modificaciones cuando varíen las circunstancias concretas en razón de las cuales se les decretaron;⁷ d) la jurisdiccionalidad, porque tienden a la realización del fin jurisdiccional, pero en forma mediata, por ser accesorias, como se indicó con anterioridad; y, e) la urgencia, que constituye la garantía de la eficacia de las medidas cautelares.

Es sabido que las medidas preventivas, de manera general, se decretan y practican antes de citar al demandado, a fin de que éste no esconda los bienes sobre los cuales deba recaer la medida, o los enajene o les imponga algún gravamen; sin embargo, pueden decretarse en cualquier estado y grado de la causa, siempre y cuando se cumplan con las exigencias que al efecto determina la ley.⁸

III. EL EMBARGO

El embargo es el acto judicial mediante el cual se pone fuera del comercio una cosa, la que queda a la orden de la autoridad que lo ha decretado.

El embargo de bienes muebles se efectúa mediante la toma de posesión del objeto sobre el que recayó la medida, salvo aquellos casos en que su enajenación esté sometida al requisito de inscripción en un Registro Público, supuesto en el cual el embargo se perfecciona con la anotación en el Registro del decreto de embargo.

El embargo, de manera general, implica una desposesión del bien del propietario (demandado),⁹ con la finalidad de preservarlo, evitar su deterioro y en consecuencia la disminución

⁶ Esta característica en nuestros procedimientos se ha hecho en muchas oportunidades permanente, debido a la tardanza en la solución a los procedimientos judiciales. En arqueo que se ha hecho en tribunales hemos encontrado expedientes con una data de más de dos décadas que aún se mantienen activos y no han sido objeto de decisión judicial.

⁷ Fundamentalmente en materia mercantil, en la que el juez tiene facultades más amplias para el decreto y revisión de las medidas cautelares decretadas, al contrastarlo con el de jurisdicción civil, en el que el juez está constreñido rigurosamente por la normativa. También es posible la suspensión de una medida cautelar si aquel contra quien obre la medida prestare caución o garantía suficiente, como puede ser la fianza, la hipoteca, la prenda o la consignación de una suma de dinero (caución), de acuerdo a lo que indique el Tribunal; todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 589 y 590 del Código de Procedimiento Civil. Por ello, la última norma citada estipula como garantía suficiente para suspender o decretar una cautela las siguientes: *1° Fianza principal y solidaria de empresas de seguros, instituciones bancarias o establecimientos mercantiles de reconocida solvencia; 2° Hipoteca de primer grado sobre bienes cuyo justiprecio conste en autos; 3° Prenda sobre bienes o valores; 4° La consignación de una suma de dinero hasta por la cantidad que señale el juez.*

⁸ No obstante ello, ha sido política judicial del Tribunal Supremo de Justicia, en la Sala de Casación Civil, la de no decretar medidas cautelares en dicha instancia.

⁹ Usualmente es contra el demandado que se decreta alguna medida preventiva; sin embargo, el demandado puede solicitar el decreto de una medida cautelar en contra del demandante, previo su afianzamiento, para garantizar las costas procesales, en el caso de que el actor sucumba en la demanda y pueda temerse su insolvencia. No son los casos más frecuentes, pero existe esa posibilidad.

de valor. Por ello, la Ley Sobre Depósito Judicial,¹⁰ prescribe que el depositario trasladará a sus depósitos los bienes muebles inmediatamente después de haber sido puesto en posesión de ellos por la autoridad judicial. No obstante, debe acotarse que la misma norma permite que a petición de la parte solicitante de la medida, el tribunal acuerde que los bienes permanezcan bajo la custodia y responsabilidad de la persona en cuyo poder se hallaban para el momento de practicarla.¹¹ También, por disponerlo la norma de referencia, podrá el tribunal designar como Depositario Judicial a la persona contra la cual se ejecute la medida, siempre que sean muebles u objetos de su habitación u hogar legalmente embargables, y que la medida sea de carácter preventivo.¹²

No puede perderse de vista que el artículo 1929 del Código Civil establece un catálogo de bienes muebles e inmuebles excluidos de ejecución, por lo que tampoco podrían ser objeto de medidas cautelares, ya que no cumplirían con la finalidad de éstas, es decir garantizar las resultas del juicio, al no poderse ejecutar en caso de que su propietario (demandado) sucumba en la demanda que le haya sido incoada.¹³

IV. EL EMBARGO DE ACCIONES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

a. ¿Cómo se efectúa?

En materia de embargo de acciones en sociedades anónimas y en comandita por acciones, como regla general, debería perfeccionarse con la aprehensión del título o certificado por el juez que practique el embargo, quien lo entregará al depositario que designe para su custodia y

¹⁰ Ver artículo 11 de la Ley Sobre Depósito Judicial.

¹¹ Las medidas deben practicarse sobre bienes que sean propiedad de aquel en contra de quien se decreta la medida, pero puede darse el caso que por circunstancias el bien no se encuentre en la oportunidad de la práctica de la medida en poder del propietario. Ej. Que el propietario haya prestado una pintura para una exposición retrospectiva de un importante autor y esté en custodia temporal del Museo o Galería que la esté curando, caso en el cual para mayor seguridad en la custodia y cuidado de la obra se puede solicitar, de conformidad con la Ley Sobre Depósito Judicial, que el poseedor mantenga la custodia del objeto del embargo.

¹² La doctrina autoral, en general, se inclina que en estos casos debe tomarse en consideración aquellos bienes, aunque embargables, son de uso necesario para el deudor, como lo serían los recibidores, comedores, etc. Este es un concepto que ha sido mutable en el tiempo, en razón de las variaciones de las necesidades del ser humano, de acuerdo al avance tecnológico y necesidades creadas por la propia dinámica social.

¹³ El artículo 1929 del Código Civil señala los bienes siguientes: 1°.- *El lecho del deudor, de su cónyuge e hijos* (posiblemente esto pueda extenderse al concubino en las uniones estables de hecho); 2°.- *La ropa de las mismas personas y los muebles y enseres que estrictamente necesiten el deudor y su familia* (con respecto a los muebles y enseres, su determinación quedaría a la soberanía del juez); 3°.- *Los libros, útiles e instrumentos necesarios para la ejecución de la profesión, arte u oficio del deudor* (posiblemente se deban incluir los ordenadores o computadores, ya que todo el mundo desarrolla su actividad profesional o económica por medio de ellos); 4°.- *Los dos tercios del sueldo o pensión de que goce el deudor*; 5°.- *El hogar constituido legalmente*; 6°.- *Los terrenos o panteones y sus accesorios en los cementerios*.

resguardo. Sin embargo, no se puede perder de vista que una gran mayoría de las sociedades anónimas, en Venezuela, no emiten títulos, por lo que no se podría retenerlo, por inexistente. Por otra parte, aunque la sociedad haya emitido el título y se lo haya entregado al accionista, éste podría negarse a entregarlo al tribunal, aduciendo cualquier excusa para justificar la razón del por qué no posee, para el momento de la práctica de la medida, el título de la acción que se pretende embargar.¹⁴ No obstante ello, en cualquiera de los supuestos, es decir, haya habido aprehensión del título, la sociedad no haya emitido títulos de las acciones o el accionista demandado no recuerde dónde se encuentra el título, estimamos que por aplicación de lo establecido en el artículo 296 del Código de Comercio,¹⁵ que dispone: “*La propiedad de las acciones nominativas se prueba con su inscripción en los libros de la compañía, y la cesión de ellas se hace por declaración en los mismos libros, firmada por el cedente y por el cesionario o por sus apoderados*”,¹⁶ el juez, para la perfección del embargo, debe remitir un oficio al representante de la sociedad participándole el embargo, a fin de que proceda a inscribir dicha medida en el Libro de Accionistas que necesariamente debe llevar la sociedad.¹⁷ Igualmente, pensamos el juez debe participarlo al Registrador Mercantil respectivo, informando de la medida decretada y practicada a los fines de proteger los intereses de terceros.¹⁸

¹⁴ Por ejemplo, que el título se extravió por sustracción de terceros o debido a un caso fortuito, o por cualquier otra causa.

¹⁵ En el caso de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, por mandato del artículo 318 del Código de Comercio, la cesión de las cuotas debe hacerse por medio de documento auténtico y ser inscrita, a solicitud de cualquiera de las partes, en el Libro de Socios, para que pueda producir efecto respecto a la compañía. En este caso debería estamparse una nota de embargo en dicho Libro. En caso de que no se lo exhiban al juez aduciendo cualquier excusa, estimamos que puede subsanarse por medio de un oficio que remita el juez al administrador de la sociedad y al Registrador de Comercio a fin de que lo agregue al expediente de la empresa.

¹⁶ En relación con este aspecto, en el caso AGROFLORA, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dictó una decisión (24 de marzo de 2009), en la que determinó para la validez de la cesión de las acciones que debía llevarse a cabo mediante un acto auténtico. Esa decisión fue objeto de una revisión por la Sala Constitucional del mismo Tribunal (25 de febrero de 2014), la que revocó la decisión e indicó que lo aplicable era el régimen establecido en el artículo 296 del Código de Comercio y al efecto expresó lo siguiente: “*el criterio sostenido por la Sala Político Administrativa no fue ajustado a derecho, en virtud de que en el presente caso se concretó la violación de los derechos constitucionales de la solicitante relativos al debido proceso, a la defensa; así como también, el principio de confianza legítima, todos previstos en la Constitución, por cuanto en el fallo sometido a revisión, al resolver el asunto sometido a su consideración, no acató el criterio jurisprudencial sostenido pacíficamente por esta Sala y por la Sala Político Administrativa en relación al artículo 296 del Código de Comercio, luego de haberse constatado que, en el presente caso, la venta de las acciones de la sociedad anónima Agroflora, C.A., se realizó conforme a las normas establecidas en el Código de Comercio*”. Este criterio fue ratificado por la Sala Constitucional en decisión proferida el 8 de julio de 2014 (caso Igor Flasz)

¹⁷ En ocasiones, los administradores de la sociedad, por solidaridad con el accionista demandado, y en abierto reto a la justicia, se niegan a mostrar el Libro de Accionistas, aduciendo cualquier excusa para justificar que no se encuentra en la sede de la compañía. También se ha dado el caso, de que después de notificado un embargo, mediante oficio, el administrador contesta indicando que el embargado había cedido sus acciones en una fecha anterior a la práctica de la medida.

¹⁸ Hay legislaciones como la colombiana, que tienen disposiciones expresas en cuanto al embargo de las acciones. En efecto. El artículo 414 del Código de Comercio colombiano, en su encabezamiento, dispone lo siguiente: “*Todas las acciones podrán ser objeto de embargo y enajenación forzosa. Pero cuando se presuma o se haya pactado el derecho de preferencia, la sociedad o los accionistas podrán adquirirlas en la forma y términos previstos en este Código*”.

Si el juez no hiciera esta última participación motu proprio, el interesado (demandante)¹⁹ podría solicitarlo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley del Registro Público y del Notariado, a los fines de que se anote preventivamente la existencia de la demanda,²⁰ por lo que cualquier interesado podría imponerse de ésta y de la cautela decretada y practicada.

Debe acotarse que hay legislaciones, como la colombiana, que prevé que, en los casos de embargo de acciones en sociedades anónimas, una vez notificado el embargo al representante de la sociedad, todo lo relacionado con los dividendos o cualquier otro beneficio económico que corresponda a la acción embargada, debe entenderse con el practicante de la medida. Ello no ocurre en Venezuela por no existir una disposición sobre el particular, y para que ello acaeciera, sería necesario que el juez decretara una medida adicional, a solicitud de parte, que abarcara los dividendos existentes (decretados) y los que se decretaren en el futuro, de ser el caso.²¹

b. Designación del depositario.

Aparejada a las medidas de embargo, ocupación o secuestro, está la obligación por parte del Órgano Jurisdiccional de designar un depositario judicial. A los fines de designar el depositario judicial, el juez debe atenerse a las disposiciones de la Ley Sobre Depósito Judicial, y supletoriamente a lo que disponga el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil.

Obviamente, que para ejercer las funciones de depositario judicial se deben haber cumplido con los requerimientos de la Ley de referencia, es decir estar autorizado por el Ministerio de Justicia,²² autorización que debe ser motivada.

[La designación del depositario judicial, usualmente se realiza en la misma oportunidad y en la misma providencia que decreta el embargo, al que se ordena notificar de la designación, y una vez cumplida ésta debe prestar juramento de cumplir bien y fielmente con las atribuciones del

¹⁹ Nos remitimos a lo indicado en la nota 10.

²⁰ Aunque el texto de la norma de referencia, es decir, el artículo 41 de la Ley del Registro Público y del Notariado reza así: “*Se anotarán las demandas y medidas cautelares sobre la propiedad de bienes y derechos determinados, y cualesquiera otras sobre la propiedad de derechos reales, o en las que se pida la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles*”, estimamos que podría aplicarse de manera analógica al embargo de acciones, no obstante su carácter mobiliario. La anotación preventiva de la demanda persigue informar a los terceros de la existencia del juicio y de la medida decretada y practicada que afecte los bienes del propietario, con lo cual, en caso de adquirirlas con posterioridad a dicha participación a la Oficina de Registro, el beneficiario de la medida cautelar podría hacer ejecutar dichos bienes.

²¹ En efecto. El artículo 414 del Código de Comercio colombiano, en su encabezamiento, dispone lo siguiente: “*El embargo de las acciones comprenderá el dividendo correspondiente y podrá limitarse a solo éste. En este último caso, el embargo se consumará mediante orden del juez para que la sociedad retenga y ponga a su disposición las cantidades respectivas*”.

²² Hoy en día transformado en el Ministerio para el Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz.

cargo,²³ lo cual puede realizar en un acto separado o en la misma acta en la que se deje constancia de la práctica de la medida.

c. Alcance de las funciones del depositario.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Sobre Depósito Judicial, el depósito judicial comprende la guarda, custodia, conservación, administración, defensa y manejo de aquellos bienes y derechos que hayan sido puestos bajo la posesión de un depositario, por orden de un juez o de otra autoridad competente para decretar el secuestro, embargo, ocupación, comiso o depósito de bienes y toda actividad conexas o necesarias para el cumplimiento de esa función.

Por tanto, las funciones del depositario Judicial están establecidas en la ley, lo que no significa que sean taxativas, ya que el juez de acuerdo con la índole del embargo que practique puede ordenar o asignarle funciones adicionales al depositario, para un mejor cumplimiento del cometido legal.

d. ¿Quién tiene el derecho a voto en las asambleas de accionistas, de una acción embargada preventivamente?

Consideramos que debe partirse de la premisa de que el embargo de acciones de ninguna manera afecta la titularidad de ellas, como tampoco impone restricción alguna a su titular, salvo la libre disposición de las mismas, pues tratándose de una medida cautelar, las acciones solamente quedan fuera del comercio, lo que conlleva que no sea posible su disponibilidad, bien sea para la venta o para imponerle algún gravamen como darlas en prenda, y de esta manera garantizar al acreedor la satisfacción de la obligación exigida.

Afirma el profesor Morles, siguiendo las enseñanzas de Goldschmidt, que la regulación referente al derecho al voto del accionista que le dedica el Código de Comercio es tan precaria, que ni siquiera existe una declaración que exprese – de modo directo – que al accionista le corresponde el derecho de voto.²⁴ En consecuencia, no existe ordenación alguna en cuanto al ejercicio del

²³ El juramento debe prestarlo el depositario de conformidad con lo previsto en el artículo 7 de la ley de Juramento, en su condición de auxiliar de justicia. En caso de que el depositario sea una persona jurídica, lo presta su representante legal.

²⁴ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Las Sociedades Mercantiles. Universidad Católica Andrés Bello. Manuales de Derecho. Caracas. 1986. Pag.650.

derecho al voto en el supuesto de que la acción haya sido objeto de una medida cautelar de embargo.

Por ello, vamos a examinar las diversas posiciones que doctrinariamente se han asumido en cuanto a la posibilidad de ejercer el derecho a voto de la acción embargada; pero, previamente, debemos indicar que si la acción no tuviere derecho a voto,²⁵ de conformidad con las disposiciones estatutarias esta problemática quedaría solventada, ya que no habría nada que resolver al respecto.

¿Qué comprende el derecho a voto en la Asamblea de accionistas? Un sector de la doctrina señala que el derecho de voto comprende tres elementos diferenciados, a saber: a) el derecho de asistencia a la Asamblea; b) el derecho de deliberación; y c) el derecho de voto propiamente dicho. Entendiéndose el primero, como la facultad que incumbe al accionista de concurrir a la asamblea y presenciar su desarrollo y efectuar las observaciones que estime conveniente dentro de los límites y reglas que se pueden imponer, a los fines de preservar la seriedad de su desarrollo. El segundo, es decir, la deliberación, debe entenderse como el derecho que le incumbe al accionista a participar en las discusiones de los aspectos que se traten en la Asamblea, bien por estar contenidos en la convocatoria o que la Asamblea acuerde considerar algún aspecto no previsto en aquella, de estar presente todos los accionistas y de acordarlo unánimemente. Sin embargo, podrían solicitar su diferimiento, en los términos previstos en el artículo 288 del Código de Comercio.²⁶ El último aspecto, sería al ejercicio del voto propiamente, aunque sería lícito abstenerse de hacerlo, por considerar que no está suficientemente informado sobre el punto, pero la Asamblea decide no diferir el punto.

i. El derecho corresponde al depositario, a su libre albedrío.

Un sector de la doctrina estima que el depositario judicial, una vez puesto en posesión de las acciones embargadas, asume la representación de ellas, con fundamento a lo establecido en la Ley Sobre Depósito Judicial, que le atribuye la administración de los bienes que hayan sido puestos bajo su posesión, y justifican el derecho a participar con voz y voto en la Asamblea General de Accionistas u otras Extraordinarias, arrogándole la condición de un mandatario.

²⁵ No es frecuente esta situación, pero de un arqueo realizado a expedientes de sociedades anónimas en los Registros de Comercio de Caracas, hemos encontrado de manera excepcional esta circunstancia.

²⁶ El artículo 288 del Código de Comercio dispone: “Cuando la tercera parte de los que concurren a la asamblea o un número que represente la mitad del capital representado en la asamblea, no se crea bastante informado sobre las materias sometidas a la deliberación, puede pedir que la reunión se difiera por tres días, y los otros accionistas no podrán oponerse. Este derecho no puede ejercerse sino una sola vez sobre el mismo objeto. La disposición de este artículo no es aplicable a la asamblea para la constitución de la compañía, que se regirá por el artículo 253”.

Adicionalmente, arguyen que el propietario – embargado pierde el interés en ese bien por el hecho de haberse practicado la medida cautelar, y no le interesa que merme su valor o se desmejore, porque a la larga lo van a ejecutar. Por ello, es mejor que el derecho a voto lo ejerza el depositario como garantía de tomar una decisión sana sobre el destino de la sociedad.

El profesor Rengel Romberg, citado por Morles, imbuido en la doctrina italiana, expuesta por Provinciali, sostiene esta posición e indica que el embargo se extiende a todo (complejo de derechos y obligaciones que emanan de la acción y que constituyen el status de socio) y no solo a determinados elementos; agregando – Rengel – que “puede sostenerse que si el Tribunal no considera el derecho de voto dentro de la administración o conservación ordinaria que puede ejercer el depositario, nada impide en el sistema de ley venezolana, la posibilidad de la autorización judicial, cuando las circunstancias concretas de cada caso aconsejen la necesidad de tal autorización para evitar que el sujeto pasivo del embargo pueda desmejorar la condición patrimonial de la acción embargada, o impedir la declaración de dividendos, mediante su intervención en las deliberaciones de la Asamblea”.²⁷

Disentimos del punto de vista del profesor Rengel Romberg, ya que si bien la Ley Sobre Depósito Judicial le otorga al depositario judicial la administración de los bienes que le han sido confiados para su custodia o depósito, entendemos que se refiere, precisamente, a actos de administración; por ello, si se aplicara la normativa del Código Civil,²⁸ ésta reafirma que sus facultades se limitan a estas actividades, como pueden ser, pagar deudas y cobrar créditos, perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir prescripciones, etc., pero en modo alguno podría tomar decisiones que van más allá de los actos de administración. Pongamos como ejemplo, que se decide aumentar o disminuir el capital de la sociedad, ¿por qué razón el depositario judicial podría comprometer patrimonialmente al demandado – embargado? O por el contrario desechar el aumento, cuando podría ser conveniente para el titular de las acciones embargadas.²⁹ Es decir, se le estaría otorgando la potestad al depositario judicial de actuar como un mandatario con facultades de disposición, lo que resulta totalmente inadmisibles y lo que consideramos violatorio de la esencia del depósito judicial y del espíritu de la Ley que lo regula.

²⁷ MORLES HERNANDEZ, Alfredo. Ob. Cit. Págs.651 y 652.

²⁸ Artículo 1688 del Código Civil, que dispone “*El mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración. Para poder transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto que exceda de la administración ordinaria, el mandato debe ser expreso*”.

²⁹ En este supuesto, aunque pueda ser interesante para el embargado suscribir el aumento de capital, podría darse la circunstancia de que no contara con los recursos económicos para ello, por lo que se estaría imponiendo una carga que no podría soportar.

Por otra parte, si se tratare de sociedades que tengan objetos complejos, que conllevará a que las explicaciones que se deban dar en las Asambleas de Accionistas sean muy técnicas y que no estén al alcance del depositario judicial, ¿en qué sentido podría votar? ¿Qué argumentaría para votar a favor o en contra de la propuesta que se lleve a la asamblea?

Tampoco puede perderse de vista que el Código de Comercio contempla situaciones en que el accionista – administrador no tiene derecho a voto. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 286 del citado Código, “*Los administradores no pueden dar voto: 1º En la aprobación del balance. 2º En las deliberaciones respecto a su responsabilidad*”. Por tanto, el depositario no podría concurrir a una asamblea en la que se estén discutiendo dichos aspectos a emitir el voto. Por supuesto, que ello también sería aplicable a las otras dos hipótesis que tratamos en este trabajo.

Por ello, pensamos que esta postura no es correcta, y estimamos que el mandato legal contenido en la Ley Sobre Depósito Judicial solo autoriza al depositario para realizar actos de administración, pero en forma alguna para asumir las funciones que corresponden al accionista derivado de su derecho de propiedad; pues, como se señaló precedentemente, éste conserva los derechos propios de su condición, salvo la posibilidad de disponer libremente de la acción embargada.

ii. El derecho corresponde al depositario, bajo las instrucciones del juez.

Otro sector de la doctrina, considera que el depositario judicial, una vez puesto en posesión de las acciones embargadas, asume la representación de ellas, con fundamento a lo establecido en la Ley Sobre Depósito Judicial, que le atribuye la administración de los bienes que hayan sido puestos bajo su posesión, pero para participar con voz y voto en la Asamblea General de Accionistas u otras Extraordinarias, debe contar con la autorización del juez que decretó la medida, quien le suministrará al depositario las instrucciones respectivas, a fin de que dirija el voto en un sentido u otro.

Los fundamentos que sustentan la tesis anterior y la presente realmente no son diversos, básicamente tienen el mismo soporte, pero con el aditamento de que el depositario judicial debe

seguir las instrucciones del juez para el punto específico que se discutirá en la Asamblea convocada.³⁰

Si se considerara esta tesis como la correcta, para que el juez pueda tomar esa determinación, pensamos que debería procederse de la manera siguiente:

- a) El depositario judicial debe informar al juez de la convocatoria de la Asamblea, de la oportunidad de la celebración y de los aspectos que se tratarán en ella.
- b) El juez debería proceder a notificar al titular de la acción, a fin de oír su opinión al respecto.
- c) Dependiendo del objeto de la convocatoria, podría ordenar alguna diligencia en particular, a los fines de ilustrar su entendimiento sobre lo que se debatirá. Por ejemplo, si se trata de aprobar el Balance y los Estados Financieros, debería solicitar una opinión contable sobre el particular, para lo cual podría solicitar a los administradores de la sociedad emitente de las acciones embargadas, que le remitan el Balance, Los Estados Financieros, de ser el caso, y el informe del comisario.
- d) Todo ello, realizarlo en una articulación, de conformidad con lo establecido en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil.

Simplemente, analicemos lo anterior, con el supuesto hipotético planteado que es uno de los más usuales. La circunstancia de que el tribunal deba solicitar una opinión contable para poder determinar a qué atenerse comporta un costo para el que no existen fondos para cubrirlo. Entonces, ¿qué haría? Obviamente, no podría designarlo. Por su parte, el depositario judicial no asumiría el costo, por estimar que ello no es necesario para la conservación o administración de los bienes (acciones) depositados. En consecuencia, el juez debería tomar una decisión sin tener elementos de convicción sobre la conveniencia o no de que el voto se haga de manera afirmativa o denegativa.

Tomemos otro ejemplo, como sería designar nuevos administradores. Tampoco, en este caso, el juez estaría en capacidad de tomar una decisión con fundamento, ya que, en muy raras ocasiones en la convocatoria a la asamblea de accionistas para esos fines, se indica el nombre del candidato o los candidatos para ocupar un determinado cargo. Sin embargo, imaginemos que estamos en presencia de uno de estos casos de excepción y se indican los nombres de los candidatos, ¿qué debería hacer el juez? a) ¿Solicitar un curriculum de los candidatos?; b) ¿Emplazarlos para

³⁰ El profesor Rengel Romberg hace mención expresa de esta situación, en la cita que de él hicimos en este trabajo, al esbozar la tesis de que al depositario judicial le corresponde el derecho a voto de la acción embargada.

interrogarlos?; c) ¿Ordenar la deposición de testigos para que informen sobre la conducta de los postulados?

Posiblemente, al plantearnos las hipótesis anteriores estamos pensando que se han embargado un paquete de acciones que representen un porcentaje importante del capital social de la sociedad anónima, pero si las acciones embargadas representan una participación marginal, ¿debería considerarse toda la tramitación indicada precedentemente?

Pensamos, que ello desestimularía a los depositarios judiciales a aceptar el encargo cuando se trate del embargo de acciones, salvo que lo hagan por presiones del juez.³¹ Para el tribunal se convertiría en una carga adicional, más aún si se trata de esas sociedades anónimas que convocan constantes asambleas extraordinarias. En consecuencia, creemos que esta postura no es correcta, por los motivos expresados precedentemente.

Por otra parte, si las acciones embargadas conformaran una participación determinante en la toma de decisiones en la Asamblea, y si el depositario judicial o el juez tomaran la decisión incorrecta sobre los aspectos que deben tratarse de acuerdo a la convocatoria, estarían perjudicando de manera indudable a quien resulte victorioso en el proceso, y más aún si resultare perdidoso el propietario embargado, ya que como efecto de esa decisión se mermó su patrimonio, debiendo responder con otros bienes la ejecutoria.³² Si la decisión, la toma el accionista, él asume íntegramente la responsabilidad.

iii. El derecho corresponde al propietario de la acción embargada.

Tal y como se señaló supra, es necesario recalcar que el embargo de acciones de manera alguna, afecta la titularidad de la mismas, como tampoco impone restricción alguna a la propiedad, salvo la libre disposición de las acciones embargadas, pues tratándose de una medida cautelar, las acciones objeto de la medida solamente quedan fuera del comercio, lo que conlleva que no sea posible su disponibilidad, con la finalidad de garantizar al acreedor la satisfacción de la obligación exigida. En consecuencia, su titular (demandado – embargado)³³ conserva todos los derechos inherentes a la titularidad de la acción, como por ejemplo ser convocado a las asambleas conforme

³¹ Al señalar “presiones del juez”, nos referimos a que el juez pueda exigírselo a quien representa a la Depositaria Judicial, en virtud de que le ha designado depositario en cautelas de importancia, razón por la cual lo compele a que acepte dicha designación, aunque no resulte el mejor negocio para la Depositaria Judicial.

³² En el caso de que resulte victorioso el embargado, una decisión incorrecta también lo perjudicaría, pero estimamos que también en este caso tendría la posibilidad de exigir la responsabilidad tanto del juez como la del contrario.

³³ Nos remitimos a lo expresado en la Nota 10.

a las normas legales³⁴ y estatutarias; así mismo, si por su condición de accionista ocupa alguna función de administración, ésta no la pierde, y nos adelantamos, tiene todo el derecho a participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y a votar en ella. Así mismo, somos de la opinión que los dividendos que se decreten pertenecen al titular, a menos de que también hayan sido objeto del decreto de embargo.

Consideramos que el derecho a deliberar y a votar en las Asambleas de Accionistas corresponde al propietario – embargado, por las razones siguientes:

- a) Independientemente de que las acciones hayan sido objeto de una cautela, en modo alguno el propietario, como ha quedado dicho, ha perdido la titularidad de la acción, sigue siendo su propietario, con todos los atributos que se desprende de ello. Pongamos un ejemplo paralelo, si en un juicio se decreta una prohibición de enajenar y gravar sobre un bien inmueble propiedad del demandado,³⁵ que se encuentre arrendado y también sea garantía de un crédito hipotecario, tenemos que su propietario sigue cobrando la renta y sigue con la obligación de pagar el crédito hipotecario en las condiciones pactadas, por ser el primero un atributo derivado de la propiedad y el segundo una carga impuesta a ella. Así mismo, si el inmueble formare parte de un condominio, concurre a las asambleas de propietarios de acuerdo con las previsiones de la Ley de Propiedad Horizontal y delibera y vota en ellas.
- b) Estimamos, que limitar ese derecho es violatorio a lo establecido en el artículo 115 de la Constitución de la República, que garantiza el derecho de propiedad, y a los atributos de ésta, en el caso específico el derecho a voto en las Asambleas, así la acción haya sido objeto de una medida cautelar.
- c) Que el propietario – embargado de las acciones pierda interés en ellas porque las van a rematar en el futuro, explicación usada para descalificar al propietario - embargado; estimamos que es un argumento inconsistente, ya que, si el embargado sucumbiere en el juicio, puede cumplir con su obligación pagando en efectivo y con ello liberaría las acciones embargadas, que solamente estaban garantizando los resultados del juicio. También, el propietario – embargado va a estar consciente de que, si dejare, por su acción u omisión, que las acciones objeto de la medida se desvalorizaren, va a responder con otros bienes de su patrimonio, por lo que

³⁴ Ejemplo de esto es el establecido en el artículo 279 del Código de Comercio, que otorga al accionista el derecho a ser convocado a su costa por carta certificada, haciendo elección del domicilio

³⁵ Reiteramos lo expresado en la Nota 10.

obviamente se estaría perjudicando doblemente. Pero, contrariamente, el embargado puede resultar victorioso en el proceso en el que se decretó y practicó el embargo, y de no haber procedido en resguardo de sus intereses, vería mermado su patrimonio.

- d) El propietario – embargado, en aquellos objetos de deliberación en las Asambleas que comporten actos de disposición, es quien puede con mejor tino que el depositario judicial, así como el propio juez, determinar lo que es más conveniente para la preservación de su patrimonio e intereses o hasta dónde puede comprometerse. Así, si se exigiere un aumento importante del capital, es el interesado quien puede determinar si está o no en capacidad de suscribir y pagar dicho aumento, lo que estimamos no podría hacer ni el depositario judicial ni el juez, por ser un acto de disposición.
- e) Con fundamento, en la teoría de la normalidad, nadie quiere perjudicarse, por lo que el propietario – embargado trataría de tomar una decisión que no afectare sus intereses o perjudicare su patrimonio. En el caso de que la decisión no fuera la correcta, sabe que se expone a comprometer lo restante de su patrimonio para responder a la ejecutoria, en el supuesto de que resulte perdedor en el juicio en el que se decretó la cautela.

Morles está de acuerdo con este enfoque, y expresa que esta es la posición dominante en Venezuela, al analizar la asistencia a la asamblea del usufructuario, del acreedor prendario o del depositario (en caso de embargo), y afirma que ello se deduce de la solución que se ofrece al problema del derecho de voto, y se reconoce que este derecho lo preservan el nudo propietario y el deudor respectivamente,³⁶ y en su apoyo cita a Arismendi, Goldschmidt, Núñez, Acedo Mendoza y Barboza Parra.³⁷

En consonancia con esta tesis se pronunció la extinta Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil de la entonces Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, al considerar que el accionista conserva su derecho al voto, a pesar del embargo.³⁸ Esta decisión fue

³⁶ MORLES HERNÁNDEZ, A. Ob. Cit. Pág. 649.

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ RAMIREZ & GARAY. Jurisprudencia venezolana. Editorial Ramírez & Garay. Caracas, Tomo 10. Págs. 29 – 30. En apoyo a su decisión la Corte cita a diversos autores, como lo son: Luis Manuel Rojas Jr. (El Derecho de voto en la Sociedad Anónima); Rodríguez y Rodríguez (Curso de Sociedades Anónimas); Ignacio Guajardo (El Derecho a voto en las Sociedades Anónimas); César Vivante (Tratado de Derecho Mercantil). El argumento central de la decisión está referido a que “la medida de embargo quita la posesión del tenedor de la cosa o del derecho embargado y ésta pasa a manos del depositario quien es la única persona legítima poseedora de lo embargado. Sus funciones se limitan a la conservación y guarda de la cosa de conformidad con lo establecido en el artículo 1786 del Código Civil”.

proferida el 5 de agosto de 1964, y con posterioridad a esa fecha no encontramos algún otro pronunciamiento sobre este tema que hubiere dictado alguna Corte o Tribunal Superior o el Alto Tribunal de la República.

En caso de que las acciones objeto de la medida cautelar pertenezcan a menores de edad o a personas sometidas a un régimen de interdicción, es evidente que se seguirá por los procedimientos que al efecto se señalen en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes o en el Código Civil, respectivamente, pero en todo caso el ejercicio del derecho al voto, corresponderá a la persona que ejerza la representación del menor de edad o del entredicho.

CONCLUSIONES.

Conclusión de lo expuesto, tenemos:

- a) No existen dudas de que las acciones de las sociedades anónimas o de las en comandita por acciones, pueden ser objeto de medidas cautelares para garantizar las resultas de un juicio.
- b) Que el embargo de dichas acciones no apareja ni los dividendos ni cualquier otro beneficio económico que corresponda a la acción embargada.³⁹
- c) Para que se incluyan los dividendos o cualquier otro beneficio que se derive de la propiedad de las acciones, deben ser objeto de una medida expresa dictada por el tribunal.
- d) Que el embargo de acciones de manera alguna, afecta su titularidad.
- e) Que el embargo de acciones no impone restricción alguna, salvo su libre disposición, pues tratándose de una medida cautelar, las acciones solamente quedan fuera del comercio, lo que conlleva que no sea posible su disponibilidad, tanto para la venta como para la pignoración.
- f) Si lo estatutos de la sociedad disponen que a un grupo de acciones no le corresponde el derecho a voto en la asamblea, y si estas fueren objeto de una medida de embargo preventivo, nada habría que resolver al respecto.

³⁹ Por ejemplo, que los dividendos decretados lo fuera en nuevas acciones u otros bienes. Cabe recordar que el Banco Venezolano de Crédito, que mantenía en sus bóvedas reservas de oro por decisión judicial derivada de un juicio que le siguió el Banco Central de Venezuela, en muchas ocasiones repartió como dividendo monedas de oro, acuñadas con dichas reservas.

- g) Que el derecho a voto lo conserva el propietario – embargado, quien puede determinar lo que es más conveniente para sus intereses, ya que de resultar perdidoso en la controversia en la que se dictó la cautela, y las acciones embargadas no cubrieren el monto de la condena, debe responder con el restante de su patrimonio.
- h) En caso de que las acciones objeto de la medida cautelar pertenezcan a menores de edad o a personas sometidas a un régimen de interdicción, se debe atender a las previsiones contenidas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes o en el Código Civil, según sea el caso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Editorial A B C. Bogotá 1985. Tomo I.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Las Sociedades Mercantiles. Universidad Católica Andrés Bello. Manuales de Derecho. Caracas. 1986.

RAMIREZ & GARAY. *Jurisprudencia venezolana*. Editorial Ramírez & Garay. Caracas, Tomo 10.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 3 de noviembre de 2010 (caso: Sociedad Mercantil Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.)