



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE

**EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

Exp. N° 2018-000062

Magistrada Ponente: MARISELA VALENTINA GODOY ESTABA.

En incidencia cautelar surgida en el juicio por nulidad de acta de asamblea, incoado ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, por el ciudadano **YHSAN BAROUKUI ERCHEID**, representado judicialmente por el abogado, Jesús Antonio Anato, contra los ciudadano **RAMÓN JOSÉ BAROUKUI RECHED** y **JOSÉ ALEJANDRO BAROUKUI URBINA**, en nombre de la sociedad mercantil **COMPLEJO AGRICOLA INDUSTRIAL, C.A., (COMAINCA)**, representados judicialmente por los profesionales del derecho María Luisa Solórzano Mescia, Francisco José Vegvari y Angelo Modestino Feola Parente; el Juzgado Accidental Superior Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la referida Circunscripción Judicial, conociendo en reenvió, dictó sentencia en fecha 27 de noviembre de 2017, mediante la cual declaró: **1)** Con lugar la apelación interpuesta por la representación judicial de la parte actora, contra la suspensión de la medida decretada. En consecuencia se revocó el fallo dictado por el *a quo* en fecha 24 de octubre de 2016; **2)** sin lugar la oposición y en consecuencia ratificó la suspensión temporal de los efectos del contenido del acta de asamblea celebrada en fecha 5 de noviembre de 2001, que en copia certificada fue presentada en fecha 29 de noviembre de 2001 ante el Registrador Mercantil Tercero de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, por el ciudadano **RAMÓN JOSÉ BAROUKUI RECHED**, actuando como Presidente de dicha empresa, que corre inserta en el Acta Constitutiva Estatutaria inscrita por ante el referido Registro; **3)** suspendió los efectos del Acta de Asamblea Extraordinaria de Accionistas de fecha 7 de octubre de 2011, que fuera inscrita en el Registro Mercantil Tercero

del estado Guárico en fecha 11 de octubre de 2011, en la que se designó al ciudadano JOSÉ ALEJANDRO BAROUKUI URBINA, como director general de la empresa con facultad para representarla y disponer y obligar a la sociedad; 4) ordenó preventivamente la incorporación inmediata del ciudadano YHSAN BAROUKUI ERCHEID, al COMPLEJO AGRÍCOLA INDUSTRIAL, C.A. (COMAINCA), permitiéndole el ejercicio como accionista y gerente de la sociedad.

Contra la precitada decisión la representación judicial de la parte demandada, anunció recurso extraordinario de casación en fecha 30 de noviembre de 2017.

Mediante auto de fecha 1° de diciembre de 2017, el referido juzgado superior accidental, presentó aclaratoria a través de la cual amplió la dispositiva del fallo, señalando que “...a los fines de proceder a la ejecución de la medida innominada cuyo cumplimiento es inmediato, se ordena oficiar al ciudadano RAMÓN JOSÉ BAROUKUI RECHED y/o ciudadano JOSÉ ALEJANDRO BAROUKUI URBINA, apoderados constituidos y/o personal encargado de la empresa COMPLEJO AGRÍCOLA INDUSTRIAL, C.A (COMAINCA) con sede en la ciudad de Calabozo, notificándolo que DEBERÁ hacer efectiva la incorporación inmediata y preventiva del accionante, ciudadano YHSAN BAROUKUI ERCHEID, venezolano, mayor de edad, casado, comerciante, titular de la cédula de identidad número V.-5.591.868, al COMPLEJO AGRÍCOLA INDUSTRIAL, C.A. (COMAINCA), y permitírsele su ejercicio de accionista y gerente de la sociedad, so pena de desacato”.

Contra las precitadas decisiones de alzada, en fechas 4 y 15 de diciembre de 2017, la representación judicial de la parte demandada ratificó el anuncio del recurso extraordinario de casación, el cual fue debidamente admitido y oportunamente formalizado. Hubo impugnación, réplica y contrarréplica.

En fecha 28 de febrero de 2018, se asignó la ponencia a la Magistrada Marisela Valentina Godoy Estaba y concluida la sustanciación del recurso de casación en fecha 20 de marzo de 2018, esta Sala pasa a dictar la decisión procesal bajo la ponencia de la Magistrada que con tal carácter suscribe el presente fallo, previa las siguientes consideraciones:

RECURSO POR DEFECTO DE ACTIVIDAD

I

-

De conformidad con el artículo 313 ordinal 1º del Código de Procedimiento Civil, se denuncia la infracción de los artículos 12, 206, 208, 585 y 588 *eiusdem*, así como los artículos 27, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por quebrantamiento de formas procesales en menoscabo del derecho a la defensa, con base en la siguiente argumentación:

“...Ahora bien, ciudadanos Magistrados en el caso sub iúdice, es evidente que la juez de alzada al dictar la decisión hoy recurrida quebranta el derecho a la defensa no sólo del único accionista de la sociedad mercantil COMPLEJO AGRÍCOLA INDUSTRIAL, C.A. (COMAINCA), sino además quebranta el orden de funcionamiento tanto interno como externo de la sociedad, pues no sólo esta suspendiendo los efectos del acta de asamblea extraordinaria de accionistas de fecha 07/10/2011, que fuera inscrita en el Registro Mercantil Tercero del estado Guárico con sede en Calabozo en fecha once (11) de octubre del año dos mil once (2.011), bajo el N° 10, Tomo N° 13-A y en el expediente N° 0077-G, en la que se designó al ciudadano JOSÉ ALEJANDRO BAROUKI URBINA, como director general de la sociedad, sino además ordena preventivamente la consecuyente INCORPORACION inmediata del accionante, ciudadano YHSAN BAROUKUI ERCHEID, con lo cual se altera el orden de funcionamiento y organización de la misma.

Al respecto la sentencia dictada en fecha 27 de noviembre de 2017, por el Juzgado Accidental Superior Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, con sede en San Juan de los Morros, (hoy recurrida ante esta sede), expresó textualmente lo siguiente:

(Omissis)...

Ahora bien, estimados magistrados de la precedente transcripción de la sentencia recurrida es evidente observar que, lo que está decidiendo es el juicio principal y no una cautelar, pues cuando ordena suspender “...los efectos del contenido del acta de asamblea celebrada el 05/11/2.001(sic), que en copia certificada fue presentada en fecha 29/11/2.001 ante el Registrador Mercantil III de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, por el ciudadano RAMÓN JOSÉ BAROUKI RECHED, actuando como Presidente de dicha empresa, que corre inserta en el Acta Constitutiva Estatutaria inscrita por ante el registro Mercantil Tercero de esta misma Circunscripción Judicial del estado Guárico en fecha 15/04/1.996, bajo el N° 39 del Tomo N° 3-A, Expediente N° 0077-G...”, y al propio tiempo ordena “...preventivamente la consecuyente INCORPORACIÓN inmediata del accionante, ciudadano YHSAN BAROUKUI ERCHEID, (...), permitirle su ejercicio de accionista y gerente de la sociedad.

En realidad lo que está decidiendo es el juicio principal, pues si nos vamos a los estatutos de la sociedad mercantil COMPLEJO AGRÍCOLA INDUSTRIAL C.A. (COMAINCA), vemos que las actuaciones del accionista y gerente de acuerdo al CAPITULO II cláusula séptima de los estatutos de la compañía son: la gestión, dirección y administración de la compañía estará a cargo de un Presidente. “...La gestión del giro ordinario de las operaciones mercantiles estará a cargo de un Gerente...”.

De ello se evidencia que de la suspensión del acta de asamblea en la que se nombra al ciudadano JOSÉ ALEJANDRO BAROUKI URBINA, actuando como gerente general de dicha empresa y se suspende los efectos del Acta de Asamblea Extraordinaria referida a las ventas de las acciones con la incorporación inmediata del accionante, ciudadano YHSAN BAROUKUI ERCHEID, permitiéndosele el ejercicio de sus funciones como accionista y gerente de la sociedad, señores magistrados es notablemente evidente el manejo que se hace a la empresa en sus actividades diarias referidas a su operatividad y su control de administración y disposición de sus operaciones, razón por la cual es notable el hecho de que la decisión sale de los límites de una cautelar en la que altera el orden y manejo de la compañía que es parte demandada en el presente juicio.

En consecuencia, por las razones antes expuestas solicitamos sea anulada la decisión recurrida, pues extralimita los límites de una medida cautelar ya que se pronuncia sobre el fondo y causa consecuencias que pudiera ocasionar la decisión del juicio principal más no una cautelar, así como la alteración interna y externa referida al funcionamiento de la sociedad mercantil COMPLEJO AGRÍCOLA INDUSTRIAL C.A. (COMAINCA), con lo cual se está quebrantando el derecho a la defensa de nuestra representada, así como el principio del debido proceso, infringiendo los artículos 206, 208, 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...”. (Resaltado de la Sala).

Para decidir, la Sala observa:

Indica el formalizante que el juez de alzada ha incurrido en el quebrantamiento de formas procesales en menoscabo del derecho a la defensa, considerando en ese sentido que se violaron los artículos 206, 208, 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, así como los artículos 27, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En ese sentido se expresa, que el juez de la recurrida al decretar la medida cautelar innominada no solo ordenó la suspensión de los efectos del acta de asamblea “*en la que se designó al ciudadano JOSÉ ALEJANDRO BAROUKUI URBINA, como director general de la sociedad*”, así como la suspensión de los efectos del acta de asamblea extraordinaria referida a las ventas de las acciones, sino que además ordenó de forma “preventiva” la incorporación del demandante al control y administración del manejo de la actividad diaria de la empresa como gerente de la compañía con lo cual a su decir “*se altera el orden de funcionamiento y organización de la misma*”.

Alega que con la decisión del *ad quem* sí incurre en un menoscabo del derecho a la defensa de la parte demandada, pues al suspender los efectos de las actas antes referidas y ordenar la incorporación del demandante como gerente de la compañía, está decidiendo el fondo del juicio principal, ya que se le permite al demandante el manejo de la empresa en sus actividades diarias, así como el control, administración y disposición de sus operaciones, por lo cual a su decir “*es notable el hecho de que la decisión sale de los límites de una cautelar en la que altera el orden y manejo de la compañía que es parte demandada en el presente juicio... consecuencias que pudiera ocasionar la decisión del juicio principal más no una cautelar*”.

En tal sentido la Sala, ha sido constante al señalar que las formas procesales dispuestas por el Legislador constituyen fórmulas de modo, lugar y tiempo en que deben realizarse los actos procesales, que

permiten el normal desenvolvimiento de los procedimientos establecidos, para dirimir las pretensiones de las partes.

La observancia de esos trámites esenciales del procedimiento está directamente vinculada al principio de legalidad de las formas procesales. Por esta razón, no se le está permitido a los jueces de instancia relajar la estructura, secuencia y desarrollo del procedimiento, esto es precisamente, el modo, lugar y tiempo en que deben realizarse dichos actos procesales, dado que las garantías del debido proceso, el derecho a la defensa de las partes y la tutela judicial efectiva atañen al orden público; y es al Estado a quien particularmente le corresponde ser el garante del ejercicio eficaz de los derechos de las partes en el proceso. (Vid. Sentencia N° RC-00696, de fecha 27 de noviembre de 2009, caso: Antonio Manuel López Márquez contra Luis Zambrano Moros, expediente N° 09-412).

Por su parte, el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, consagra de forma expresa el derecho de defensa, el cual constituye una garantía constitucional inviolable en todo estado y grado del proceso, tal como se encuentra preceptuado en el ordinal 1° del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual se traduce en la posibilidad de ejercer los recursos o medios procesales establecidos en la ley, así como, la posibilidad de cuestionar, contradecir, impugnar y probar los alegatos realizados o efectuados por la contraparte; teniendo los jueces, en consecuencia la obligación de garantizar el correcto desenvolvimiento del proceso en conformidad con la ley y en igualdad de condiciones, así como el deber de otorgarle a ambas partes los mismos términos, lapsos y recursos procesales, siempre que por disposición de la ley o la naturaleza del acto no resultare contrario a la misma, conforme lo prevé el artículo 204 del Código de Procedimiento Civil. (Vid. Sentencias números RC-000812, del 11 de diciembre de 2015, expediente N° 15-120, caso: Galería Publicitaria Plaza Las Américas, C.A. contra Condominio del Centro Comercial Plaza Las Américas y otros, C.A.; y RC-000112, de fecha 24 de marzo de 2011, expediente N° 10-353, caso: C.O.G. Construcciones, C.A., contra Constructora Consabarca).

Ahora bien, esta Sala a los fines de evidenciar o no el quebrantamiento delatado de los artículos 206, 208, 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en uso de la facultad conferida en el artículo 320 *eiusdem*, estima conveniente transcribir lo pertinente de la recurrida, la cual señala lo siguiente:

“...Ante esta incidencia y las probanzas con las que se pretende se suspenda y se revoque la medida cautelar decretada, podríamos afirmar que en este asunto bien podría aplicarse la institución de la carga dinámica de la prueba, y esta, no sería otra que, los demandados de autos, han debido presentar el libro de accionistas, para desvirtuar los hechos alegados por la parte demandante y contradecir con la prueba reina en estos procesos mercantiles, tal como lo es el libro de accionistas, que además debe cumplir con una serie de formalidades para su legitimidad, y como quiera que se evidencias de autos que los demandados han tenido el manejo, cuidado, resguardo y administración de la empresa son los que están en mejor posición probatoria para esclarecer la verdad de los hechos narrados, contribuyendo con ello para que triunfe la justicia; pues se evidencia de los dichos de la parte demandada y tal como lo explanó el apoderado de los accionados en el escrito de fecha de 25 de julio de 2016, al vuelto del folio 1, donde ofrece la fianza para suspender la medida en lugar de oponerse que era lo conducente y legal para defensa los derechos de sus clientes, alega que el demandante el ciudadano YSHAN BAROUKUI ERCHEID: ...Omissis... si bien es cierto fue socio fundador de la compañía no menos cierto es que nunca tuvo facultades ni de administrador ni de disposición ...Omissis... esto nos indica que quien siempre tuvo a su disposición los libros de accionistas de la empresa COMPLEJO AGRÍCOLA INDUSTRIAL, C.A. (COMAINCA) fue su presidente el ciudadano RAMÓN JOSÉ BAROUKI RECHED, quien al poseer la mejor prueba debe aportarla al proceso para la búsqueda real de la verdad, entendiendo como carga dinámica de la prueba aquella que se encuentra en mejor posición para aportarla, esta teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, y evidentemente quien tiene mejores condiciones de probar la venta es su comprador y presidente de la empresa. Por lo que el referido documento debe ser desechado para proceder a suspender la medida cautelar.

Por tales motivos, este Tribunal accidental Superior debe declarar que las razones tanto de hecho como de derecho que tuvo al principio el Juez A.-Quo para decretar las medidas innominadas mantienen su vigencia y apreciación y analizados en consecuencia por esta superioridad los requisitos de procedencia de la medida cautelar innominada, establecidos muy oportuna, convenientemente, pertinente, por el tribunal de la recurrida referida a:

- la presunción del buen derecho *fumus bonis iuris*, ya que los documentos que fueron aportados por la parte demandante como prueba arriba citados, de donde emana una presunción, suficientes para estimar que de ellos dimanar una apariencia de que el demandante es accionista mayoritario y gerente de la empresa COMPLEJO AGRÍCOLA INDUSTRIAL, C.A (COMAINCA), y que fue al ser modificada la administración de la compañía mediante el acta contentiva de la incierta venta de las acciones que el accionante ataca en este proceso, pues al parecer habría sido despojado del cargo de gerente que venía ejerciendo, y de las acciones mayoritarias que probablemente poseía.

- peligro por demora *periculum in mora*, tal como lo dejó asentado el juez de la recurrida que tal como la doctrina ha señalado que en diversas ocasiones es entendido como “el simple retardo del proceso judicial”...Omissis... sic... En ese sentido, esta Juzgadora comparte el criterio del A-Quo por cuanto se evidencia que la pretensión de nulidad de las decisiones de la asamblea de accionistas desemboca en una sentencia mero declarativa la cual encierra en sí misma su ejecución ya que el solo pronunciamiento judicial apareja, sin más, la invalidez del acuerdo societario contrario a la Ley o los estatutos; de allí pues, que una demanda de esa naturaleza, en caso de prosperar, tiene como finalidad asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte, la cual durante el decurso del proceso podría quedar ilusoria su ejecución si no se suspenden provisionalmente o se detienen los efectos de las decisiones tomadas en las actas de asambleas cuyas nulidades son objeto del presente juicio, por lo que este requisito lo fundamenta el actor, en no ordenarse su acceso inmediato a la Sociedad Mercantil, desde el 03/06/2016, cuando se le impidió aparentemente entrar en las instalaciones de la compañía, y señalando que se encuentra desinformado de las operaciones desplegadas por ésta, de su facturación y de la asunción de sus obligaciones en su detrimento y perjuicio directo por la disminución de su patrimonio como accionista, sin poder tener información certera de los negocios y operaciones de COMPLEJO AGRÍCOLA

INDUSTRIAL, C.A (COMAINCA), tal como se evidencia de la inspección Judicial debidamente valorada por el a-quo.

-el peligro inminente de daño periculum in damni, igualmente en cuanto al análisis de procedencia de este requisito se verifica con la observación y correspondiente estudio que se hace del Acta de Asamblea objeto de la nulidad, se presume que puede generarse un daño a la persona del actor; toda vez de que el efecto de las decisiones proferidas en Asamblea Extraordinaria, como lo es la (cierta o no) venta de las 210 acciones nominativas que el actor dice le atribuyen falsamente, así como las modificaciones de las cláusulas relacionadas con la gestión, dirección y administración de la compañía; y la posterior designación del ciudadano JOSÉ ALEJANDRO BAROUKI URBINA, como director general de la empresa con facultad para representarla y disponer y obligar a la sociedad; ello genera un cambio profundo en el destino de la empresa, por lo que se torna verosímil presumir que pudieran suscitarse daños durante el desarrollo del juicio, de manera continuada, que pueden tornarse de difícil reparación, lo cual supone la presunción de daño al presunto accionista mayoritario y gerente, quien rechaza haber enajenado o trasferido su paquete accionario; en consecuencia de ello, y una vez que se verifica que están cumplidos de manera concurrente los requisitos de procedencia para que se dicte la medida, ya que una vez que se verifica que están llenos los extremos de ley, no es potestativo para el juez dictarlas, sino que debe dictarlas, a los fines de garantizar la tutela judicial efectiva y el debido proceso, se considera que se encuentran llenos los extremos que hacen procedente mantener el decreto de las providencias cautelares reclamadas por el actor y decretadas por el tribunal A-Quo, teniendo como principio o norte que las medidas cautelares pueden ser decretadas siempre teniendo en consideración la magnitud del presunto agravio causado, debiéndose tenerse como reproducido el fallo del tribunal de Primera Instancia que argumento, razonó y valoró la documentación consignada por la parte actora, en fecha 21 de julio de 2016 por lo que se considera que se encuentran cubiertos para acordar mantener y ratificar la medida cautelar innominada que suspende los efectos de de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas, celebrada en la sede social de la precitada compañía en fecha 05/11/2001, en la que se le atribuyó al actor la venta de su paquete accionario; en consecuencia a ello, al suspenderse tales efectos, pues quedaría también suspendidos los efectos del Acta de Asamblea Extraordinaria de Accionistas de fecha siete 07/10/2.011, en la que se designó al ciudadano JOSÉ ALEJANDRO BAROUKI URBINA, como director general de la empresa con facultad para representarla y disponer y obligar a la sociedad, esto por cuanto esta última acta deriva de los efectos de la primera, asimismo se justifica tal medida, pues, está destinada a impedir que la ejecución de la decisión de esta última asamblea, impidan efectividad a la decisión definitiva que pudiera recaer en este proceso. Por tanto, suspendidos como quedan los efectos ya descritos, se debe en lo inmediato incorporar preventivamente al ciudadano YSHAN BAROUKUI ERCHEID, en el COMPLEJO AGRÍCOLA INDUSTRIAL, C.A (COMAINCA), y permitírsele su ejercicio de accionista y gerente de la sociedad. Y así se decide.

Como consecuencia se debe declarar sin lugar la oposición, por no estar ajustada a derecho las pruebas presentadas por cuanto no enervaron, debilitaron y/o decayeron los presupuestos de ocurrencia para decretar la misma, se debe declarar que, se debe revocar la decisión de primera Instancia y ratificar los efectos de la medida innominada.

En consecuencia, y de acuerdo con los razonamientos precedentemente expuestos se declara con lugar la apelación bajo análisis interpuesto sobre la incidencia, se revoca la decisión del Tribunal A-Quo que revoca la medida. Y así se decide

DISPOSITIVA

En orden a las consideraciones que anteceden este JUZGADO SUPERIOR ACCIDENTAL EN LO CIVIL, MERCANTIL, DEL TRÁNSITO Y BANCARIO DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO GUÁRICO a, administrando Justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por Autoridad de la Ley, dicta sentencia en la presente causa, en los términos siguientes:

PRIMERO: DECLARA CON LUGAR la apelación ejercida por el apoderado de la parte actora ciudadano YHSAN BAROUKUI ERCHEID, venezolano, mayor de edad, casado,

comerciante, titular de la cédula de identidad N° V-5.591.868, actuando en su carácter de socio mayoritario y gerente de la empresa COMPLEJO AGRÍCOLA INDUSTRIAL, C.A (COMAINCA), sociedad mercantil inscrita por ante el Registro Mercantil Tercero de ésta misma Circunscripción Judicial del estado Guárico en fecha 15/04/1.996, bajo el N° 39 del Tomo N° 3-A, Exp. N° 0077-G, abogado JESÚS ANTONIO ANATO, inscrito en el INPREABOGADO bajo el N° 90.906, contra la suspensión de la medida decretada. En consecuencia se Revoca el fallo de la recurrida Tribunal Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, con sede en calabozo.

SEGUNDO: se declara sin lugar la oposición y en consecuencia se ratifica la suspensión temporal de los efectos del contenido del acta de asamblea celebrada el 05/11/2.001, que en copia certificada fue presentada en fecha 29/11/2.001 ante el Registrador Mercantil III de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, por el ciudadano RAMÓN JOSÉ BAROUKI RECHED, actuando como Presidente de dicha empresa, que corre inserta en el Acta Constitutiva Estatutaria inscrita por ante el Registro Mercantil Tercero de ésta misma Circunscripción Judicial del estado Guárico en fecha 15/04/1.996, bajo el N° 39 del Tomo N° 3-A, Expediente N° 0077-G.

TERCERO: quedan suspendidos los efectos del Acta de Asamblea Extraordinaria de Accionistas de fecha 07/10/2011, que fuera inscrita en el Registro Mercantil Tercero de éste estado Guárico con sede en Calabozo en fecha once (11) de octubre del año dos mil once (2011), bajo el N° 10, Tomo N° 13-A y en el expediente N° 0077-G, en la que se designó al ciudadano JOSÉ ALEJANDRO BAROUKI URBINA, titular de la cédula de identidad número V-16.383.750 como director general de la empresa con facultad para representarla y disponer y obligar a la sociedad. Oficiese sobre lo conducente al Registro Mercantil Tercero de ésta misma Circunscripción Judicial del estado Guárico.

CUARTO: Se ordena preventivamente la consecuente INCORPORACIÓN inmediata del accionante, ciudadano YHSAN BAROUKUI ERCHEID, venezolano, mayor de edad, casado, comerciante, titular de la cédula de identidad número V-5.591.868, al COMPLEJO AGRÍCOLA INDUSTRIAL, C.A (COMAINCA), y permitírsele su ejercicio de accionista y gerente de la sociedad... ”.

De otra parte, la aclaratoria del fallo dictada en fecha 1° de diciembre de 2017, también recurrida, señaló lo siguiente:

“...Pues bien, este Tribunal a los fines de garantizar un verdadero acceso a los órganos jurisdiccionales de los justiciables y en virtud de que la medida que ha sido ratificada por esta jurisdicente de alzada, consiste en una orden pura y simple de acatamiento obligatorio por parte de las personas contra las cuales han sido dictadas y mientras se resuelve el fondo de merito de la controversia planteada y siendo que la orden es de carácter provisorio cuyo cumplimiento es inmediato ante las características de la medida decretada, dando cumplimiento con la garantía constitucional de que el proceso constituye el instrumento ideal para la realización de la justicia y que los jueces estamos en la obligación de ejecutar y hacer ejecutar nuestras decisiones y siendo que no es contrario a derecho lo solicitado por la parte actora, este tribunal acuerda declarar la aclaratoria de la sentencia debiéndose tener como parte integrante del dispositivo del fallo dictado en fecha 27 de noviembre de 2017.

Por todo lo antes expuesto, se procede a realizar la ampliación de la sentencia en su parte dispositiva a los fines de dar cabal cumplimiento a la decisión dictada en materia cautelar; de conformidad con los artículos 2, 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, quedando en consecuencia la parte dispositiva de la siguiente manera:

P A R T E D I S P O S I T I V A:

SEXTO: A los fines de proceder a la ejecución de la medida innominada cuyo cumplimiento es inmediato, se ordena oficiar al ciudadano RAMÓN JOSÉ BAROUKI RECHED y/o

ciudadano JOSÉ ALEJANDRO BAROUKI URBINA, apoderados constituidos y/o personal encargado de la empresa COMPLEJO AGRÍCOLA INDUSTRIAL, C.A (COMAINCA) con sede en la ciudad de Calabozo, notificándolo que DEBERÁ hacer efectiva la incorporación inmediata y preventiva del accionante, ciudadano YHSAN BAROUKUI ERCHEID, venezolano, mayor de edad, casado, comerciante, titular de la cédula de identidad número V.-5.591.868, al COMPLEJO AGRÍCOLA INDUSTRIAL, C.A (COMAINCA), y permitírsele su ejercicio de accionista y gerente de la sociedad, so pena de desacato... ”.

De las decisiones transcritas, se evidencia que la juez de la recurrida acogiendo la motivación realizada por el *a quo* realiza un análisis de los requisitos exigidos por los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, esto es, *el fumus bonis iuris, periculum in mora y periculum in damni*, determinando que de las pruebas aportadas por el demandante emanaba una presunción suficiente para estimar que en apariencia, el referido demandante era accionista mayoritario y gerente de la empresa demandada y que, efectivamente, fue a través del acta de asamblea en la que supuestamente fue vendido su paquete accionario y se le había despojado de su cargo, por lo que la suspensión de la misma debía ser decretada, presumiendo que pudiera ser generadora de un daño para el actor en caso de mantener el nombramiento de José Alejandro Baroukui como gerente general, pues ello generaba un cambio profundo en el destino de la empresa, ordenando por otra parte la inmediata incorporación del demandante a la sociedad mercantil como accionista y gerente de la misma.

En este orden de ideas, en relación a los límites en los cuales debe ser decretada una medida cautelar, esta Sala de Casación Civil en sentencia N° 239, de fecha 29 de abril de 2008, caso: Inversiones La Económica C.A. y otras contra Del Sur Banco Universal C.A., expediente N° 07-369, ratificada mediante sentencia N° 656, de fecha 6 de noviembre de 2015, caso: Inversiones 2006, C.A. contra Almacenadora Fral, C.A., expediente 14-046, señaló lo siguiente:

“...Al respecto, resulta fundamental precisar la naturaleza y alcance de la función jurisdiccional cautelar. En efecto, la idea de cautela sugiere aquellos actos que producen la anticipación sustitutiva de un momento procesal hipotético o las condiciones que lo hagan posible, a los efectos de evitar la imposibilidad o cierta dificultad en el futuro al momento de ejecutar la decisión definitiva, frustrando legítimas expectativas de derecho, en razón de la tardanza de esa decisión. Estas medidas varían según la naturaleza del bien que se pretende y tienen por finalidad precaver y asegurar el resultado práctico del juicio.

Ahora bien, cabe destacar que dichas medidas son ejercidas en forma autónoma, y tramitadas en cuaderno separado, no obstante esto no quiere significar que son ajenas o aisladas del juicio principal, por el contrario, una de sus características más resaltantes es la instrumentalidad respecto de aquél, es decir, auxilian o ayudan a la decisión principal, anticipando y precaviendo los efectos de una decisión definitiva, a la cual se encuentra subordinada su eficacia.

En ese sentido, es importante señalar, que las medidas cautelares están limitadas a esa función cautelar per se, la cual aparece claramente definida por el legislador en los artículos 585 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual es de estricto cumplimiento por los jueces en ejercicio de tal función.

En este orden de ideas, el pronunciamiento del juez sobre alguna medida cautelar debe circunscribirse a los aspectos directamente vinculados con la cautela -requisitos de procedencia y demás aspectos relacionados- pues si bien la misma se encuentran directa y vitalmente conectada al proceso principal, ésta debe aguardar -en razón de su instrumentalidad- la decisión sobre el juicio final; por tanto, el juez se ve impedido de extender su pronunciamiento en una incidencia cautelar sobre el tema de fondo que deberá ventilarse en el juicio principal. Sostener lo contrario, significaría atentar contra la naturaleza esencialmente cautelar y no sustitutiva de tales medidas, y en tal sentido se ha pronunciado esta Sala de Casación Civil, en los términos siguientes:

'...En la esfera de las medidas cautelares, para decretar o no su procedencia, corresponde al juez verificar los extremos que la ley exige...Ahora bien, esa exigencia no puede llevarse hasta el extremo de que el material (alegaciones, pruebas) que el juez debe tomar en consideración para otorgar la medida, tenga que ser el mismo que se requiere para resolver sobre el juicio principal, y en consecuencia, deba ser tratado del mismo modo como se exige para el procedimiento principal. De ser así, no sólo se le estaría obligando al sentenciador a juzgar sobre el fondo de la controversia -aspecto que no es atinente a las medidas cautelares, sino que también se desnaturalizaría la función que tiene encomendada la cautelar; estos es, superar la demora que implica el proceso principal y el riesgo de que el demandado adopte conductas que dificulten la efectividad de la sentencia...'. (Ver sentencia de fecha 23 de marzo de 2006, caso: Agnet Josefina Chirinos Ochsner c/ C.A. Central Banco Universal, A.F.C. Allied Fund Corporation A.V.V., y otros. (Cursiva del texto).

*Del precedente jurisprudencial parcialmente transcrito, se evidencia indefectiblemente que la decisión sobre las cautelares debe circunscribirse a la previa verificación de los extremos de Ley, para acordar su procedencia, sin que pueda el juez, por ningún motivo, partir de algún elemento de fondo para fundamentar su decisión. De lo contrario, atentaría contra la verdadera esencia de las medidas preventivas, que no es otra que "...superar la demora que implica el proceso principal y el riesgo de que el demandado adopte conductas que dificulten la efectividad de la sentencia...". En otras palabras, **el juez debe tener extremo cuidado en el proceso cautelar, por cuanto la finalidad de éste, por ser distinta al propósito del juicio en el cual son dictadas las medidas, ya que éste último es un proceso de conocimiento en el cual sólo se persigue el reconocimiento de la petición expresada en la demanda, mientras que la finalidad de la medida preventiva no es, como se ha indicado, la declaración del derecho reclamado; sino el aseguramiento material y efectivo, la ejecutividad de la sentencia que declara la existencia del derecho reclamado.***

Sobre el particular, esta Sala en reiteradas oportunidades ha diferenciado la naturaleza, efectos y procedimientos, tanto del juicio principal como del cautelar, delimitando claramente su alcance. Así, mediante sentencia de fecha 12 de diciembre de 2006, caso: Juan Orlando Díaz Albornoz c/ Antonio Sánchez Roda, citando a Ricardo Henríquez La Roche en su libro "Código de Procedimiento Civil", Tomo IV, Caracas 2004, p. 483, estableció lo siguiente:

'...La existencia de sendos cuadernos, principal y de medida, y su independiente sustanciación, tienen su origen en el interés de la ley porque se lleve ordenadamente el desarrollo de ambos juicios en tal forma que las actas del juicio preventivo no se encuentren intercaladas y diseminadas en el expediente principal. No obstante, la razón de fondo de esa mutua independencia consiste en el hecho de que la naturaleza y esencia, el procedimiento y efectos así como las finalidades de ambos procesos son considerablemente diferentes. La solicitud de medida preventiva supone la subsecuente sustanciación de un verdadero juicio, en el cual existe una parte demandante, una demanda y una pretensión; un demandado, un juez, un objeto, una causa petendi y un thema decidendum distinto, o más exactamente diríamos diverso, al juicio principal la pretensión del solicitante es el aseguramiento del resultado práctico de la ejecución forzosa, el objeto del juicio son los bienes a afectar o afectados por la medida y la causa de la pretensión está representada por el peligro en la mora; por manera que el tema a decidir, no es que sea contrario o ajeno al del juicio principal, sino que se halla en una dimensión distinta al de este...'. (Negrillas del texto).

De lo anterior se observa, las notas distintivas y características, tanto del juicio principal como de la incidencia cautelar, y particularmente se destaca el ámbito del thema decidendum en el caso del proceso cautelar; así pues, en este último se advierte que es distinto al principal, toda vez que su esencia y naturaleza se limita a asegurar precisamente la materialización efectiva de la decisión definitiva... ”.

En el mismo orden de ideas, esta Sala mediante sentencia N° 742 de fecha 15 de noviembre de 2017, caso: Ana María Trias contra William Hernández, expediente N° 14-458, señaló lo siguiente:

“...Aunado a ello, en reiteradas oportunidades esta Sala ha establecido que las medidas cautelares están limitadas a esa función cautelar per se, la cual aparece claramente definida por el legislador en los artículos 585 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual es de estricto cumplimiento por los jueces en ejercicio de tal función, y que el pronunciamiento del juez sobre alguna medida cautelar debe circunscribirse a los aspectos directamente vinculados con la cautela -requisitos de procedencia y demás aspectos relacionados- pues si bien la misma se encuentran directa y vitalmente conectada al proceso principal, ésta debe aguardar -en razón de su instrumentalidad- la decisión sobre el juicio final; por tanto, el juez se ve impedido de extender su pronunciamiento en una incidencia cautelar sobre el tema de fondo que deberá ventilarse en el juicio principal. Sostener lo contrario, significaría atentar contra la naturaleza esencialmente cautelar y no sustitutiva de tales medidas. (Vid. Sentencia de fecha 23 de marzo de 2006, caso: Agnet Josefina Chirinos Ochsner c/ C.A. Central Banco Universal, A.F.C. Allied Fund Corporation A.V.V., y más recientemente en sentencia de fecha 18 de septiembre de 2015, Exp. N° 15-256, caso: Ana María Trias Rodríguez contra William Armando Hernández Contreras)... ”.

De las decisiones antes transcritas se desprende que, es criterio reiterado por esta Sala de Casación Civil que en lo atinente a las medidas cautelares innominadas, el pronunciamiento del juez debe circunscribirse a los aspectos directamente vinculados a la cautela, esto es, a los requisitos de procedencia y demás aspectos relacionados, pues si bien es cierto que dicha cautela se encuentra vinculada directamente con el proceso principal, esta debe, por su instrumentalidad, precaver la decisión sobre el fondo del juicio, por ello, los jueces se ven impedidos de extender su pronunciamiento en una incidencia cautelar sobre el tema de fondo del asunto debatido.

Así pues, en el caso que nos ocupa, el criterio jurisprudencial antes reseñado resulta aplicable, toda vez que la juez de la recurrida al analizar los requisitos exigidos por el artículo 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, relativos al *el fumus bonis iuris, periculum in mora y periculum in damni*, se extralimitó del ámbito del thema decidendum del proceso cautelar al valerse de argumentaciones propias de la sentencia de fondo que deberá dictarse en el juicio principal, respecto a la suspensión del acta de asamblea extraordinaria de accionistas de fecha 7 de octubre de 2011, mediante la cual se designó al ciudadano José Alejandro Baroukui

Urbina, como director general de la empresa con facultad para representarla, disponer y obligar a la sociedad, así como la posterior designación del demandante, ciudadano Yhsan Baroukui Ercheid, para el ejercicio de sus funciones como accionista y gerente de la sociedad mercantil **COMPLEJO AGRÍCOLA INDUSTRIAL, C.A. (COMAINCA)**, lo que pone de relieve la violación en ambos fallos recurridos de lo dispuesto en los artículos 12, 206, 208, 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, así como la infracción de los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela resultando quebrantado el derecho a la defensa de la última de las mencionadas, ya que mediante la cautela decretada se afirma al demandante como accionista de la sociedad accionada, colocando además en manos precisamente del propio demandante el giro diario de la empresa (administración, control y disposición), con todas las consecuencias que ello comporta, cuestión atinente al fondo de la controversia que debe ser resuelto en el pronunciamiento definitivo y no a través de una incidencia cautelar. Así se decide.

Por las razones anteriormente explanadas, esta Sala de Casación Civil se encuentra en el deber de declarar procedente la actual denuncia por quebrantamiento de formas procesales en menoscabo del derecho a la defensa. Así se decide.

DECISIÓN

En mérito de las anteriores consideraciones, este Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la ley, declara: **CON LUGAR** el recurso de casación, anunciado y formalizado por la representación judicial de la sociedad mercantil **COMPLEJO AGRÍCOLA INDUSTRIAL, C.A (COMAINCA)**, contra la decisión dictada por el Juzgado Superior Accidental Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Guárico en fecha 27 de noviembre de 2017, así como su posterior aclaratoria de fecha 1° de diciembre de 2017.

Queda de esta manera **CASADA** la sentencia impugnada.

No ha lugar a la condenatoria al pago de las costas procesales del recurso, dada la naturaleza del dispositivo del presente fallo.

Publíquese, regístrese y remítase este expediente al juzgado superior antes mencionado, todo de conformidad con lo estatuido en los artículos 322 y 326 del Código de Procedimiento Civil.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los (4) días del mes de mayo de dos mil dieciocho (2018). Años: 208° de la Independencia y 159° de la Federación.

Presidente de la Sala,

YVÁN DARÍO BASTARDO FLORES

Vicepresidente,

FRANCISCO RAMÓN VELÁZQUEZ
ESTÉVE

Magistrado

GUILLERMO BLANCO VÁZQUEZ

Magistrada,

VILMA MARÍA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

Magistrada Ponente,

MARISELA VALENTINA GODOY ESTABA

Secretaria Temporal,

MARIAM JOSEFINA ALTUVE ARTEAGA

Exp.: N° AA20-C-2018-000062

Nota: Publicada en su fecha a las

Secretaria Temporal,

Quien suscribe, Magistrado **GUILLERMO BLANCO VÁZQUEZ**, en atención al contenido y alcance del artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con el artículo 62 del Reglamento Interno de este alto Tribunal, expresa su voto concurrente con respecto a la decisión precedentemente consignada y aprobada por la mayoría de los Magistrados integrantes de esta Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se declara con lugar el recurso de casación, anunciado y formalizado por la parte demandada, y se anula la decisión del Juzgado Superior Accidental Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, de fecha 27 de noviembre de 2017, así como su posterior aclaratoria de fecha 1° de diciembre de 2017, por las razones que de seguida expreso:

El fallo aprobado por la mayoría sentenciadora anula la sentencia, al constatar que el juez de la recurrida resuelve la “*cuestión atinente al fondo de la controversia*” en la incidencia cautelar, dándole una extensión no permitida (aplicación indebida o falsa aplicación) a los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, ya que las medidas no pueden tener un efecto sustitutivo sobre el fondo.

Ahora bien, quien concurre estima que en el caso en estudio era necesario anular la sentencia, pero no por un “*defecto de actividad*”, sino oficiosamente, al constatar la infracción de los artículos 585 y 588 aludidos, siguiendo el criterio expuesto, entre otras, en sentencia n.° 432 de esta Sala, del 28 de junio de 2017 (caso *Morela Chiquinquirá Pérez Terán* contra *Francisco Vásquez Pérez* y otro), según el cual la Sala podrá:

“...casar de oficio el fallo recurrido en el cual se advierta la infracción de la ley por falsa aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de una norma jurídica sustantiva - aunque no se le hubiere delatado- para establecer un verdadero Estado de Derecho y Justicia que permita al recurso de casación cumplir con su verdadero fin, relativo a la unificación de la interpretación de la legislación y de la jurisprudencia, optando las Magistradas y Magistrados integrantes de esta Sala por asegurar con preferencia la efectividad supremacía de nuestra Carta Política...”.

En este sentido, en el caso concreto no se aprecia menoscabo o privación del derecho a la defensa, en ninguna de sus manifestaciones, ni tampoco indefensión directamente causada por la sentencia recurrida, por

tanto, mal podría declararse la nulidad de la sentencia de alzada distinguiendo un quebrantamiento de formas procesales en menoscabo al derecho de defensa.

Surge, pues, a los efectos de justificar la nulidad del fallo, la necesidad de establecer que esa extensión indebida de la previsión de los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, materializaba infracciones de ley, y proceder en consecuencia, de acuerdo a los artículos 320 y 322 *ibidem*.

Queda así expresado el voto concurrente del Magistrado quien suscribe.

Presidente de la Sala,

YVÁN DARÍO BASTARDO FLORES

Vi-

cepresidente,

FRANCISCO RAMÓN VELÁZQUEZ ESTÉVEZ

Magistrado Concurrente,

GUILLERMO BLANCO VÁZQUEZ

Magistrada,

VILMA MARÍA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

Magistrada Ponente,

MARISELA VALENTINA GODOY ESTABA

Secretaria Temporal,

MARIAM JOSEFINA ALTUVE ARTEAGA

Exp.: N° AA20-C-2018-000062