



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
EN SALA CONSTITUCIONAL

Exp. 05-0709

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Mediante escrito presentado ante esta Sala Constitucional el 7 de abril de 2005, el abogado **PEDRO LUIS PÉREZ BURELLI**, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 38.942, actuando en nombre propio, interpuso recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad conjuntamente con medida cautelar, contra el artículo 291 del Código de Comercio, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 472, del 21 de diciembre de 1955.

El 11 de abril de 2005, se dio cuenta en Sala y se acordó pasar las actuaciones al Juzgado de Sustanciación.

El 14 de junio de 2005, el Juzgado de Sustanciación acordó remitir las actuaciones a esta Sala Constitucional a los fines del pronunciamiento correspondiente.

El 15 de junio de 2005, se recibió el expediente del Juzgado de Sustanciación y se designó ponente al Magistrado Luis Velázquez Alvaray.

El 19 de julio de 2005, la parte actora solicitó la admisión de la causa.

Mediante decisión N° 3927 del 7 de diciembre de 2005, la Sala se declaró competente para conocer del recurso de nulidad de autos; admitió la demanda de

nulidad; declaró sin lugar la medida cautelar solicitada y remitió el expediente al Juzgado de Sustanciación a los fines de la continuación de la causa.

El 16 de marzo de 2006, la parte actora solicitó la continuación de la causa.

El 20 de marzo de 2006, se practicaron la citación del Presidente de la Asamblea Nacional, y la notificación del Fiscal General de la República.

El 22 de marzo de 2006, la parte actora solicitó la emisión del cartel de emplazamiento.

El 18 de abril de 2006, la parte demandante retiró el cartel de emplazamiento, y el 25 de abril de 2006, consignó su publicación.

Los días 25 de mayo, 27 de julio, 20 de septiembre y 31 de octubre de 2006; 13 de marzo y 23 de octubre de 2007; 3 de abril y 31 de julio de 2008 y 5 de marzo de 2009, la parte recurrente solicitó la continuación de la causa.

El 30 de abril de 2009, el Juzgado de Sustanciación fijó el acto oral y público para el día 26 de mayo de 2009.

En la oportunidad en que tuvo lugar el acto oral y público, se dejó constancia de la comparecencia de la parte demandante y de la representación de la Asamblea Nacional, quienes presentaron escritos de argumentos y defensas, respectivamente.

El 11 de junio de 2009, se recibió el expediente del Juzgado de Sustanciación y se designó ponente al Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz.

El 4 de agosto de 2009, se dijo Vistos en la presente causa.

Los días 27 de octubre, 26 de noviembre y 10 de diciembre de 2009; 26 de enero, 6 de abril y 10 de junio de 2010, la parte demandante solicitó pronunciamiento en el presente expediente.

El 21 de julio de 2010, se reasignó la ponencia al Magistrado Marcos Tuio Dugarte Padrón, quien con tal carácter suscribe la presente decisión.

El 9 de diciembre de 2010, la Asamblea Nacional designó a los nuevos Magistrados miembros de la Sala Constitucional y la misma quedó constituida de la siguiente manera: Luisa Estella Morales Lamuño, en su condición de Presidenta, Francisco Antonio Carrasquero López, como Vicepresidente y los Magistrados Marcos Tulio Dugarte Padrón, Carmen Zuleta de Merchán, Arcadio Delgado Rosales, Juan José Mendoza Jover y Gladys María Gutiérrez de Alvarado.

Los días 25 de enero de 2011, 10 de enero de 2012 y 7 de junio de 2012, la parte demandante solicitó pronunciamiento en el presente expediente.

El 8 de mayo de 2013, se constituyó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quedando integrada de la siguiente manera: Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado, Presidenta; Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López, Vicepresidente; y los Magistrados y Magistradas Luisa Estella Morales Lamuño, Marcos Tulio Dugarte Padrón, Carmen Zuleta de Merchán, Arcadio Delgado Rosales y Juan José Mendoza Jover.

El 5 de junio de 2013, la parte actora solicitó pronunciamiento en el presente expediente.

En Sesión de Sala Plena del 17 de octubre de 2013, se reconstituyó la Sala Constitucional, quedando integrada de la siguiente forma: Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado, Presidenta; Magistrado Juan José Mendoza Jover, Vicepresidente; y los Magistrados y Magistradas Luisa Estella Morales Lamuño, Marcos Tulio Dugarte Padrón, Carmen Zuleta de Merchán, Arcadio Delgado Rosales y Luis Fernando Damiani Bustillos.

En reunión del 5 de febrero de 2014, convocada a los fines de la reincorporación a la Sala del Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López, en virtud de haber finalizado la licencia que le fue concedida por la Sala Plena de este Máximo Tribunal para que se separara temporalmente del cargo, por motivo de salud, esta Sala quedó constituida de la siguiente manera: Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado, Presidenta; Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López, Vicepresidente; y los Magistrados Luisa Estella Morales Lamuño, Marcos Tulio Dugarte Padrón, Carmen Zuleta de Merchán, Arcadio Delgado Rosales y Juan José Mendoza Jover.

Los días 25 de marzo de 2014 y 20 de enero de 2015 la parte actora solicitó pronunciamiento en el presente expediente.

El 12 de febrero de 2015, se instaló la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, luego de la designación que hiciera la Sala Plena de las nuevas autoridades el 11 de febrero del mismo año, quedando conformada de la siguiente manera: Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado, Presidenta; Magistrado Arcadio Delgado Rosales, Vicepresidente; y los Magistrados y Magistradas Francisco Antonio Carrasquero López, Luisa Estella Morales Lamuño, Marcos Tulio Dugarte Padrón, Carmen Zuleta de Merchán y Juan José Mendoza Jover.

El 17 de marzo de 2015, la parte actora solicitó pronunciamiento.

I

DEL RECURSO DE NULIDAD

En síntesis, los apoderados judiciales de los demandantes fundaron su pretensión de nulidad, sobre la base de los siguientes argumentos:

Que el interés que ostenta en el ejercicio del presente recurso deviene del deber de velar por la constitucionalidad de la Ley.

Que, el acto impugnado está constituido por el artículo 291 del Código de Comercio, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 472, del 21 de diciembre de 1955 *“...por contrariar y violar el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 26 de la Constitución, el derecho a la igualdad, previsto en el artículo 21 eiusdem, además de las disposiciones, principios y derechos consagrados en los artículos 51, 49, 253, y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consagran el derecho de petición, el derecho al acceso a la justicia, el debido proceso, el derecho a una tutela judicial efectiva, y la consagración del proceso como instrumento de la justicia...”*.

Que, el dispositivo normativo objeto del presente recurso de nulidad *“...es inconstitucional en tanto coarta expresamente la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales a aquellos accionistas minoritarios que no reúnan este quórum calificado...”*.

Que, existe violación de las garantías constitucionales de “Acceso a la Jurisdicción o Derecho de Acción, derecho al Juez Natural, por creación e imposición de un quórum calificado de la quinta parte (1/5) del capital social para poder acceder a este procedimiento de jurisdicción voluntaria...”.

Que, del contenido de la norma del artículo 291 del Código de Comercio, observa “...que está vedado el acceso a la jurisdicción de todos aquellos accionistas minoritarios que no detenten en su conjunto ese quórum calificado o especial del veinte por ciento (20%) del capital social”.

Que “...esta prohibición es de vieja data, pero que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 –por expreso mandamiento constitucional- se instauró como regla primordial la posibilidad cierta, real y eficaz de acceso a una justicia expedita **SIN RESTRICCIONES DE NINGUNA NATURALEZA** a todo tipo de procedimientos judiciales, incluso aquellos asuntos correspondientes a la jurisdicción voluntaria” (destacado propio del recurrente).

Que, al imponer a los justiciables accionistas de compañías y partes esenciales e ineludibles del contrato social una severa limitación de acudir ante el Juez de Comercio para alertarlo de las irregularidades administrativas cometidas por los administradores de la sociedad bajo la mirada cómplice y silenciosa del comisario “...es cercenar plenamente el derecho subjetivo de solicitar la intervención del órgano jurisdiccional, frustrar el acceso a la instalaciones del tribunal para que un juez, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, tramite la solicitud que a bien le presente el accionista minoritario, por lo cual el dispositivo normativo del artículo 291 está viciado por inconstitucional, en flagrante contravención al artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Que, el dispositivo legal cuya nulidad se solicita “...anula el derecho a una tutela judicial efectiva, niega el derecho de un accionista minoritario de ser juzgado por sus jueces naturales, limita el derecho a un debido proceso, violenta y hace nugatorio el mandato constitucional de acceso a la jurisdicción...”.

Que, la norma impugnada “...además de infringir el acceso a la justicia, es ajena al valor fundamental de la igualdad y no discriminación que deriva del Preámbulo y del artículo 1º de la Constitución, que además de derecho fundamental (Art. 21) es el pilar de actuación del Estado (Art.2); y de la

declaración del principio de justicia social como base del sistema económico (Art. 299)”.

Que, la norma atacada configura violación al dispositivo constitucional previsto en el artículo 51 de la Carta Magna y del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al considerar que “...el contenido del artículo 291 del Código de Comercio, al atribuir el derecho de petición sólo a una mayoría accionaría de la sociedad...al exigir un porcentaje alto y calificado de concentración del capital social de la compañía para la interposición de la solicitud mercantil, vulnera groseramente, el ejercicio del derecho constitucional de petición, ya que lo limita a unas condiciones materiales no preceptuadas en la propia Constitución Bolivariana”.

Por todo lo antes expuesto, solicitó la nulidad por inconstitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 291 del Código de Comercio.

II

DE LAS DEFENSAS DE LA ASAMBLEA NACIONAL

En su escrito de defensas, la representación de la Asamblea Nacional presentó los siguientes argumentos:

“...en referencia al caso que nos ocupa, el artículo 291 del C.C. (sic) regula el procedimiento judicial a seguir en los casos de graves dudas fundadas sobre la administración y vigilancia de las compañías anónimas y de las compañías en comandita por acciones, el cual podrá ser ejercido o activado por aquellos socios que representen la quinta parte del capital social de la compañía.

No obstante lo anterior, el C.C. (sic) prevé en su artículo 310, otro mecanismo de denuncia a ejercer dentro de las instancias de la compañía, mediante el cual el socio o los socios, indistintamente del capital social que representen tienen el derecho a dirigirse ante el comisario, a los fines de exponer sus sospechas sobre la mala administración, y éste último deberá a su vez dejar constancia de tal situación en su informe de asamblea.

Así mismo, si la denuncia es efectuada por socios que representen la décima parte del capital social, el comisario deberá informarlo a la asamblea, y si estima fundado y urgente el reclamo, deberá convocar inmediatamente a la asamblea que decidirá sobre la situación irregular planteada.

De lo anteriormente expuesto, se puede observar en ambos casos que es deber del comisario informar a la asamblea los reclamos hechos por los socios o accionistas, debido a que ésta última instancia es la titular de la

acción contra los administradores, que la ejerce a través de la figura de los comisarios o de aquellas personas que ella designe al efecto.

En este caso el comisario queda obligado a abrir las averiguaciones correspondientes e informar a la asamblea de socios puntualizando sobre los hechos denunciados, so pena de las responsabilidades de carácter civil o penal.

Es conveniente acotar, que en las situaciones descritas anteriormente, previstas en el artículo 310 del C.C. (sic), las funciones del comisario son ejercidas a cabalidad de acuerdo a las competencias inherentes a su cargo, por lo tanto, de no cumplir con sus deberes tanto el comisario como el administrador de la compañía, pueden ser objeto de denuncia ante los órganos jurisdiccionales, de conformidad con el artículo 291 de la legislación mercantil.

En efecto, si los comisarios no cumplen con su deber de comunicar la presunta situación anormal a la asamblea, los referidos accionistas tendrán la potestad de dirigirse directamente a ésta, para exponer sus razones ciertamente fundadas, con el objeto que sea la asamblea la instancia que decida acerca de si existe mérito o no para ejercer la acción contra éstos.

Evidentemente, si los socios o accionistas que representen la mayoría del capital social en la asamblea, encuentran razones suficientes que apunten al grave incumplimiento en las funciones del administrador y el comisario, es indudable que ésta podrá ejercer o ejercerá las acciones correspondientes contra éstos. En este sentido el legislador previó que, en el supuesto que los socios que representen la mayoría del capital social, no estimen razones suficientemente fundadas para ejercer alguna acción, sólo aquellos que representen la quinta parte del capital social podrán acudir y denunciar los hechos ante el Tribunal de Comercio, el cual convocará en primer término a los administradores y comisarios a los fines de oír sus alegatos, y si el Tribunal encontrara algún indicio de la verdad de la denuncia, acordará la convocatoria inmediata de la asamblea.”

Así mismo, argumentaron que en el ordenamiento jurídico venezolano “...se han dispuesto una serie de normas que establecen cualidades especiales al demandante, tal es el caso del artículo 291 del C.C. (sic), el cual establece una legitimación activa de los socios minoritarios que representen la quinta parte del capital social, para denunciar las sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de las funciones del administrador y la falta de vigilancia de los comisarios...”, que a su juicio “...el legislador consideró necesario para resguardar los derechos de los demás socios y garantizar los derechos colectivos y el normal funcionamiento de la compañía.”

Finalmente, la representación de la Asamblea Nacional solicitó se declarase sin lugar el recurso de nulidad de autos.

III

MOTIVACIONES PARA DECIDIR

En el caso de autos, se ha interpuesto un recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad contra el artículo 291 del Código de Comercio, publicado en la Gaceta Oficial N° 472, del 21 de diciembre de 1955, el cual establece:

“Artículo 291. Cuando se abriguen fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios, un número de socios que represente la quinta parte del capital social podrá denunciar los hechos al Tribunal de Comercio, acreditando debidamente el carácter con que proceden.

El Tribunal, si encontrare probada la urgencia de proveer antes de que se reúna la asamblea podrá ordenar, luego de oídos los administradores y comisarios, la inspección de los libros de la compañía, nombrando a este efecto, a costas de los reclamantes, uno o más comisarios, y determinando la caución que aquéllos han de prestar por los gastos que se originen de tales diligencias.

El informe del comisario se consignará en la Secretaría del Tribunal. Cuando no resulte ningún indicio de la verdad de las denuncias, así lo declarará el Tribunal, con lo cual terminará el procedimiento.

En caso contrario, acordará la convocatoria inmediata de la Asamblea.

Contra estas providencias no se oirá apelación sino en un sólo efecto”.

Con relación al artículo 291 del Código de Comercio, antes transcrito, la Sala Constitucional en sentencia N° 809 del 26 de julio de 2000, determinó la naturaleza jurídica del procedimiento contemplado en la referida norma, al considerar lo siguiente:

*“Estima esta Sala que el procedimiento contemplado en el artículo 291 del vigente Código de Comercio puede admitirse como **un procedimiento de jurisdicción voluntaria por encontrarse impetrado de dos de las características propias y fundamentales de los mismos, a saber, que las decisiones que adopte el juez en dichos procesos no crea cosa juzgada, y que no exista verdadera contención**; pero lo que distingue finalmente uno del otro es que en el proceso de jurisdicción voluntaria se tutela en forma unilateral un interés. Así enseña el ilustre procesalista Francesco Carnelutti:*

‘Por otra parte, si el presupuesto del negocio está constituido necesariamente por uno o varios conflictos de intereses, aquel, a diferencia de la litis, es esencialmente unilateral porque se trata de la realización de un acto para la tutela de un interés y no de la prevalencia de uno sobre otro’ (ver francesco Carnelutti. Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano. Bosch, Casa Editorial Barcelona. 1942. pág. 45).

Efectivamente, la decisión tomada por el juez en dicho procedimiento se limita a constatar las supuestas irregularidades en el cumplimiento de sus deberes, por parte de los administradores, y las faltas de vigilancia de los comisarios, no pudiendo aquél obligar a la asamblea a decidir a favor de los denunciados mediante sentencia de condena.

Clarificadora al respecto es la opinión del profesor Ricardo Henríquez La Roche, el cual explica:

‘La constatación judicial de las irregularidades u omisiones no supone en ningún caso una condena judicial a decidir en determinada forma en la asamblea. Si así fuera, el legislador no hubiera procedido con eufemismo al redactar el texto, y hubiera dispuesto sin más que el juez podrá remover los administradores o comisarios, sin perjuicio de indemnización a los socios perjudicados. Pero es claro que en un procedimiento de jurisdicción voluntaria no puede proferirse una sentencia de condena a hacer cosa determinada o a suplir la actitud remisa de los accionistas mayoritarios, tomándose, en lugar de ellos, una decisión judicial vinculante para todos los accionistas’ (ver Ricardo Henríquez La Roche. Las Medidas Cautelares, Editorial Universitaria (EDILUZ), Maracaibo, 1990, pág. 81).

*Igualmente se puede constatar que **en este procedimiento no existe verdadera contención, pues, el juez se limita a oír la opinión de los administradores, sin que se contemple en dicho procedimiento que éstos tengan oportunidad para refutar tales denuncias mediante una contestación en forma**; además, este procedimiento no se inicia por libelo de demanda, sino mediante una simple denuncia de los hechos que se estiman como irregulares en la administración de la sociedad por parte del accionista que se considere afectado, y por eso para tal denuncia no se exige al denunciante que cumpla en ella, con los requisitos establecidos en el artículo 340 del vigente Código de Procedimiento Civil...’.* (Resaltado del presente fallo)

Asimismo, la Sala Constitucional en sentencia N° 1923 del 13 de agosto de 2002, con respecto a la denuncia de irregularidades administrativas, estableció lo siguiente:

“...Como se puede observar del análisis de la norma que antes fue transcrita [artículo 291 del Código de Comercio], la finalidad de la misma es la salvaguarda de los derechos de las minorías societarias, para cuyo fin, en caso de que a juicio del juez existan o no fundados indicios sobre la

veracidad de la denuncias, la providencia judicial definitiva está dirigida a acordar o no la convocatoria de una asamblea extraordinaria; de allí que, según el autor Levis Ignacio Zerpa, 'la actuación del Juez está limitada a resolver si procede o no la convocatoria de la asamblea', en la cual, en caso de que sea acordada, se ventilará si, efectivamente, existen o no las irregularidades que sean denunciadas, así como todo lo que se considere pertinente. Es decir, no le está dado al juez pronunciarse sobre la existencia o no de las irregularidades, así como tampoco imponer a la asamblea las medidas que se deben tomar, por cuanto ésta no es la finalidad de la norma, la cual resguarda el derecho constitucional a la libre asociación. Es por ello que, como **no se trata de un juicio donde exista contención o conflicto intersubjetivo de intereses, la decisión que se tome no es de condena, constitutiva ni declarativa, sólo está destinada al otorgamiento de la posibilidad, a los socios minoritarios, de la convocatoria de una asamblea extraordinaria en la cual se ventilen sus denuncias**; de allí que el Juez tenga facultades bien limitadas, cuales son: a) ordenar, luego de que escuche a los administradores y comisario, la inspección de los libros de la compañía, para lo que nombrará uno o más comisarios; b) luego de visto el informe del o los comisarios, puede: b.1) en caso de que a su juicio no existan indicios sobre la veracidad de las denuncias, declarar la terminación del procedimiento; y b.2) si, por el contrario, existen indicios acerca de la veracidad de las denuncias, acordará la convocatoria inmediata de la asamblea...". (Resaltado del presente fallo)

Ahora bien, el principal argumento de la parte recurrente consiste en que, la norma del artículo 291 del Código de Comercio, coarta "...el acceso a la jurisdicción de todos aquellos accionistas minoritarios que no detentan en su conjunto ese quórum calificado o especial del veinte por ciento (20%) del capital social".

Por su parte, la representación de la Asamblea Nacional manifestó que ese quórum era necesario para el normal desenvolvimiento de la compañía y que los socios minoritarios podían acudir ante el comisario para denunciar las irregularidades en la administración, conforme al artículo 310 *eiusdem*.

Al respecto, esta Sala Constitucional, en decisión N° 1420 del 20 de julio de 2006, efectuó un análisis de los derechos de los socios minoritarios, en los siguientes términos:

"En un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, donde la igualdad, la responsabilidad social y la ética, son valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 2 constitucional), es

necesario establecer cuál es el régimen aplicable a los accionistas minoritarios de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, o cualquier otra forma societaria de capitales donde existan socios minoritarios.

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

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

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

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

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

Por sólo mencionar el ámbito iberoamericano, países como Colombia, Chile, España, México, Panamá y Perú, han dado cuenta de estos principios a través de recientes reformas a sus leyes mercantiles, incorporando esta clase de mecanismos destinados –por una parte- a brindar independencia a sus directivos y a sus respectivas instancias de inspección (auditoría) respecto de los accionistas de las empresas que gestionan y –por la otra- permitir el acceso a la información relevante acerca de la gestión que éstos desarrollan, a todos los accionistas sin discriminación, entendiendo que el mayor conocimiento que éstos posean al respecto, garantiza su cabal participación en las instancias deliberantes de las empresas y, por tanto, el pleno ejercicio del derecho al voto en el seno de las mismas (Vid. MUÑOZ PAREDES, José María. El derecho de información de los administradores tras la Ley de Transparencia [en línea]. Diario La Ley nº 6078, Año XXV, 03.09.2004, Ref.º D-174, España [Citado: 19 junio 2006] Disponible en www.laleynexus.com; y QUINTANA ADRIANO, Elvia Argelia. Protección del Accionista Minoritario como una posible defensa del capital nacional ante el fenómeno de la Globalización [en línea]. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XXVII, nº 109, enero-abril 2004 [Citado: 20 de junio 2006] Disponible en www.ejournal.unam.mx).

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

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

Otro ejemplo interesante se da en el caso colombiano, en el que la reforma efectuada a su Código de Comercio en 1995 incorporó un régimen especial de supervisión y vigilancia sobre las sociedades controladas, entendiendo por éstas aquellas en las que el poder de decisión de la Asamblea está sometido –directa o indirectamente- a la voluntad de una sociedad matriz controlante, de un grupo empresarial o incluso de una o varias personas naturales. Al amparo de este estatuto, se ha querido trascender la ficción de «democracia societaria» que permitiría a los grupos de control imponer sus decisiones en perjuicio de los minoritarios, protegiendo ostensiblemente los derechos de éstos (Véase: CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en Sala Plena. Sentencia nº C-707, de 6 de julio de 2005 [en línea, citado: 20 junio 2006] Disponible en www.ramajudicial.gov.co).

IV

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

1) Ser convocado y actuar en las Asambleas (artículo 275 del Código de Comercio).

2) Oponerse a las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la ley a fin de impedir las, hasta que una nueva Asamblea decida el punto (artículo 290 eiusdem).

3) **Los socios que representen la quinta parte del capital social, pueden denunciar ante el tribunal mercantil que se abrigan fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes por parte de los administradores y los Comisarios** (artículo 291 del Código de Comercio); y

4) Denunciar a los Comisarios los hechos de los administradores que crean censurables. Si la denuncia ha sido efectuada por socios que representan una décima parte del capital social y los Comisarios consideran fundada y urgente la denuncia, deben convocar inmediatamente a una Asamblea para que decida sobre lo reclamado.

De estos derechos, los accionistas minoritarios no pueden ejercer algunos, si no alcanzan a representar una décima o quinta parte del capital social lo que ya supone una importante limitación a su participación en el seno de la sociedad.

(...)

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

De la transcripción de los fallos que anteceden, esta Sala observa que, la norma cuya nulidad se demanda regula un procedimiento no contencioso,

destinado a la protección de los intereses societarios ante severas irregularidades de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios, por lo cual aquellos socios que ostenten un mínimo de la quinta parte del capital social puedan alertar al juez de comercio, para que luego de oído a los administradores y al comisario, convoque o no a una asamblea de accionistas, para que los socios resuelvan por mayoría acerca de lo que consideren conveniente a la sociedad, quedando cerrado el acceso a la jurisdicción de todos aquellos accionistas minoritarios que no detenten en su conjunto ese quórum calificado o especial del veinte por ciento (20%) del capital social.

En este sentido se aprecia que si bien los accionistas minoritarios podrían acudir a presentar sus denuncias ante el comisario, conforme al artículo 310 del Código de Comercio, tal como lo señaló la representación de la Asamblea Nacional, ello no les permite acceder a los órganos jurisdiccionales ante la falta de acción de dichos comisarios, pues éstos sólo están obligados de informar del reclamo a la Asamblea si los accionistas reclamantes tiene más de la décima parte del capital social o ellos la estiman fundada, por lo que sus sospechas o denuncias podrían incluso quedar silenciadas a discreción del comisario; de allí que se les somete a utilizar un sistema mediatizado, esto es, a través de órganos internos de la compañía, que no satisface los requerimientos de acceso a la justicia, ya que, tal como está concebido, no provee de una razonable oportunidad para su ejercicio.

Es de notar que, esta limitación a los socios minoritarios fundada en el capital, que data desde la publicación del Código de Comercio en 1955, resulta contraria a la Constitución de 1999, en la cual se instauró como regla primordial, la posibilidad cierta, real y eficaz de acceso a una justicia expedita a toda persona, para cualquier tipo de procedimientos judiciales, incluso aquellos asuntos correspondientes a la jurisdicción voluntaria, siempre que se cumplan los requisitos previamente establecidos para su ejercicio dentro de la legislación.

Ciertamente, la Constitución de 1999, a diferencia de la Constitución de 1961 y de las Constituciones anteriores, consagró en su artículo 26 y por primera vez en forma expresa, el derecho de acceso a la justicia, ligado indisolublemente al artículo 257 de la Carta Magna, el cual contempla al proceso como instrumento de justicia que viene a satisfacer al mismo tiempo el interés individual comprometido por el litigio y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la actividad jurisdiccional; por lo cual, siendo su fin último la

tutela de los derechos, no se podría permitir el sacrificio de la tutela jurisdiccional, bien porque la práctica desnaturalice los principios que lo constituyen o porque sea la propia ley la que, por su imperfección, impida tal función tutelar, pues de ser así, el proceso fallaría en su cometido, toda vez que, las formalidades procesales han de entenderse siempre para servir a la justicia, garantizando el acierto de la decisión judicial, y jamás como obstáculos encaminados a dificultar el pronunciamiento de la sentencia.

Por tal motivo, la Constitución consagra la existencia de un debido proceso como garantía de la persona humana, de modo que, los preceptos que instituyen al proceso se crean en atención a los lineamientos constitucionales, a objeto de hacer efectivo el control constitucional de las leyes. Así las cosas, si una ley procesal o material instituye una forma que prive al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho subjetivo, tal instrumento normativo se encontraría viciado de inconstitucionalidad.

Por otra parte, el artículo 21 del Texto Fundamental consagra el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, en los términos siguientes:

“Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.

4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias. “

Como se puede observar la Carta Magna impone como regla el principio de igualdad y exhorta a la ley para que expresamente garantice las condiciones jurídicas y administrativas para que esa igualdad sea auténtica, real y efectiva.

Sobre este particular, la Sala mediante decisión N° 1457 del 27 de julio de 2006 ha enfatizado el principio de igualdad en los siguientes términos:

“De este modo, nuestro sistema se adhiere por convicción y por tradición a la concepción post-revolucionaria de finales del siglo XVIII, de acuerdo a la cual el principio de igualdad, es uno de los valores sustanciales del estado de derecho, que dado su carácter metajurídico, preexiste al ordenamiento sirviéndole de sustrato esencial al Estado y del mismo modo, fungiendo de límite al Poder Público.

Con ello, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se alinea con la filosofía igualitarista de la Revolución francesa, reconociendo expresamente a la igualdad como una de las bases del sistema político instaurado, sobre el cual surge un deber de protección que trasciende la noción retórica, para asumirlo como una técnica jurídica operante, que tiende a equilibrar las situaciones jurídicas de los particulares de una manera no sólo declarativa, sino también real y verdadera.

Con ello, es uno de los fines del Estado, que consiste en el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluya a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias, lo cual implica, que ante diferencias fácticas, la ley no puede establecer disposiciones uniformes.

(Omissis)

“De allí, que el legislador pueda introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, con lo cual la vigencia del principio de igualdad, no debe analizarse desde una visión puramente formalista”.

De lo anterior se colige que en la Constitución de 1999 se redujo la posibilidad del legislador de establecer restricciones, excepciones o privilegios que no se justifiquen entre el trato dado a unos y otros, pues la única diferencia que se permite al respecto es el trato desigual de los desiguales (ver decisión N° 1457 del 27 de julio de 2006).

En este sentido, todos los accionistas que deseen denunciar irregularidades administrativas dentro de su empresa, deben ser tratados de forma igualitaria, pues el diferenciarlos y limitarles sus derechos por el solo hecho de contar con un capital social reducido no es una desigualdad justificada. Su interés en el bienestar de la compañía y de su correcto funcionamiento es igualmente legítimo.

Del análisis anterior, esta Sala infiere que las disposiciones del artículo 291 del Código de Comercio, en lo que se refiere al requisito de exigir a los socios minoritarios ostentar un mínimo de la quinta parte del capital social para acceder a los órganos jurisdiccionales, resulta inconstitucional, en tanto coarta el acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva, así como el derecho a la igualdad, a

aquellos accionistas minoritarios que no reúnan el quórum calificado exigido por la mencionada norma, ya que los discrimina y excluye de pleno derecho, imposibilitándolos de alertar al juez sobre las irregularidades cometidas por sus administradores en la sociedad, por lo que haciendo un análisis progresista conteste con el Estado Social de Derecho y de Justicia que propugna el artículo 2 de nuestra Constitución, se debe anular el mencionado requisito. Así se decide.

En consecuencia, esta Sala Constitucional modifica el contenido del primer párrafo del artículo 291 del Código de Comercio, en lo concerniente a la eliminación del requisito de un mínimo de la quinta parte del capital social para acceder a los órganos jurisdiccionales, quedando dicha norma redactada de la siguiente forma:

“Artículo 291. Cuando se abriguen fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios, los socios podrán denunciar los hechos al Tribunal de Comercio, acreditando debidamente el carácter con que proceden.”

A la luz de los criterios anteriores, se debe declarar parcialmente con lugar el recurso de nulidad de autos, toda vez que se acogió la denuncia de inconstitucionalidad del requisito exigido en el primer párrafo de la norma impugnada, mas se desecha la solicitud de nulidad del resto de su contenido por no haber sido objeto de denuncia alguna. Así se declara.

Finalmente, se ordena la publicación de la presente decisión en la Gaceta Oficial de la República, en la Gaceta Judicial y en la página web del Tribunal Supremo de Justicia. Así finalmente se declara.

DECISIÓN

Por las razones precedentemente expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en nombre de la República por autoridad de la Ley, declara **PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto por el abogado **PEDRO LUIS PÉREZ BURELLI**, contra el artículo 291 del Código de Comercio, publicado en la Gaceta Oficial de la

República Bolivariana de Venezuela N° 472, del 21 de diciembre de 1955, en los términos expresado en el presente fallo.

Remítase copia de la presente decisión a la Imprenta Nacional para su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela con la siguiente indicación: *“Sentencia de la Sala Constitucional mediante la cual se modifica el contenido del primer párrafo del artículo 291 del Código de Comercio, en lo concerniente al requisito de un mínimo de la quinta parte del capital social para acceder a los órganos jurisdiccionales”*. Igualmente, publíquese el presente fallo en la Gaceta Judicial y en la página web del Tribunal Supremo de Justicia.

Publíquese, regístrese y notifíquese. Archívese el expediente.

Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Audiencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 12 días del mes de mayo de dos mil quince (2015). Años 205° de la Independencia y 156° de la Federación.

La Presidenta,

GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO

El Vicepresidente,

ARCADIO DELGADO ROSALES

Los Magistrados,

FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

Ponente

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

Exp.: 05-0709
MTDP.-

Quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, salva su voto por las razones que se explican a continuación:

La mayoría sentenciadora declaró parcialmente con lugar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto por el abogado Pedro Luis Pérez Burelli, contra el artículo 291 del Código de Comercio porque consideró, que el quórum establecido en el primer párrafo del mismo resulta inconstitucional, en

tanto coarta el acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva, así como el derecho a la igualdad, a aquellos accionistas minoritarios que no lo reúnan, ya que, en su criterio, los discrimina y excluye de pleno derecho, imposibilitándolos de alertar al juez sobre irregularidades cometidas por los administradores en la sociedad.

En criterio de quien disiente, se trata de un presupuesto procesal que el legislador estableció en el ejercicio de su amplia libertad de configuración legislativa en materia procesal, que supedita el acceso a la justicia a una condición razonable, no arbitraria, desigual ni desproporcionada, como lo es la de exigir un número de socios que represente la quinta parte del capital social (20%), para poder denunciar ante el tribunal de comercio hechos que –en su criterio– configuren graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios.

La declaratoria de nulidad del primer párrafo del artículo 291 del Código de Comercio se enfocó en el tema del abuso de las mayorías, obviando que desde hace ya algún tiempo se ha abierto el paso (y especialmente en el Derecho Comparado) a importantes construcciones, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, acerca del abuso de las minorías, ante la búsqueda de un difícil equilibrio frente al rigor -que no impide su eficacia- del principio mayoritario imperante en las sociedades anónimas.

En efecto, en el fallo del que discrepo, se dejó de considerar que el establecimiento del quórum a que se refiere la norma no obedece a un simple capricho del legislador, y que su finalidad no es otra que la búsqueda de un equilibrio que garantice la funcionalidad del ente societario, procurando evitar su paralización mediante actitudes obstruccionistas por parte de socios minoritarios, que han asumido un riesgo menor, es decir, lo que se quiso fue evitar situaciones

de abuso de minoría, vetos injustificados e incompatibles con una gestión eficiente de la empresa que, en definitiva, puedan traducirse en chantaje u hostigamiento, con el único objetivo de favorecer sus propios intereses en detrimento del resto de los accionistas.

En materia societaria, la voluntad de la minoritaria debe, por regla, someterse a la de la mayoría, esto es un principio básico o elemental que rige en materia societaria que se denomina “*principio de las mayorías*” o “*principio mayoritario*”.

Se trata de un recurso técnico práctico que en modo alguno quebranta el derecho a la igualdad que no solamente implica dar trato igual a personas o situaciones iguales, sino también dar un trato diferente a personas o situaciones distintas, por lo que mal puede equiparse la situación en la que se encuentran los accionistas minoritarios con la de los accionistas mayoritarios, ni mucho menos pretendérseles dar un mismo tratamiento.

Quien discrepa debe acotar que en una sociedad mercantil quien mayor capital aporta, lógicamente debe contar con un mayor poder de decisión y control sobre su manejo, de allí que la mayoría en las asambleas, no se forma por mayoría de personas, sino por la mayoría de participaciones de capital que cada uno posea, por lo que la supresión del quórum que establecía el primer párrafo del artículo 291 del Código de Comercio desconoce dicho principio, lo que resulta inconveniente para el sano funcionamiento de las sociedades mercantiles en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto favorece situaciones litigiosas innecesarias.

La minoría cumple, en lo interno de la sociedad, una importante misión de control que debe ser contenida en sus justos límites, de allí que se deba procurar un adecuado equilibrio entre el principio mayoritario y la protección de las minorías

evitando, de esta forma, el ejercicio abusivo de sus derechos. Tal punto de equilibrio estaba establecido racionalmente en el primer párrafo del artículo 291 del Código de Comercio por lo que la pretensión de nulidad deducida debió haber sido declarada sin lugar.

Queda en estos términos expuesto el criterio de la Magistrada disidente, fecha *ut supra*.
La Presidenta,

GLADYS M. GUTIÉRREZ ALVARADO

Vicepresidente,

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES
Los Magistrados,

FRANCISCO A. CARRASQUERO LÓPEZ

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN
Ponente

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN
Disidente

JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER
El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

V.S.Exp.- 05-0709
CZdM/