**BOLETÍN INFORMATIVO***

**SENTENCIA**

**SALA CONSTITUCIONAL**

**TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

# MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 291 DEL CÓDIGO DE COMERCIO ELIMINACIÓN DEL PORCENTAJE REQUERIDO

En fecha 12 de mayo de 2015, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de Marcos Tulio Dugarte Padrón, en el expediente número 05-0709, dictó sentencia en la que modificó el contenido del primer parágrafo 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."*

La Sala Constitucional determinó que el requisito exigido en el artículo 291 del Código de Comercio para que los accionistas puedan ejercer acciones ante los Tribunales, es inconstitucional, por limitar el acceso a la justicia y la tutela efectiva. Así, sostuvo:

> "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 detenten 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 ZÚÑIGA. Gobierno Corporativo en Chile después de la Ley de Opas [En línea] Revista de Ingeniería de Sistemas, Departamento de Ingeniería industrial, Universidad de Chile, Volumen XVII, n° 1, Julio 2003 [Citado: 20 de junio de 2006] Disponible en www.dii.uchile.cl).*

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

*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. 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 impedirlas, 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:

(…)

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 parágrafo 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 parágrafo 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…"

Para revisar la sentencia completa, pulse aquí o siga el siguiente vínculo: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177159-585-12515-2015-05-0709.HTML

12 de mayo de 2015

***El presente boletín fue preparado y divulgado por ZAIBERT & ASOCIADOS. Su propósito es difundir información de interés general en materia jurídica. El contenido de este informe no puede ser interpretado como una recomendación o asesoría para algún caso específico. Se recomienda consultar especialistas en la materia para la aplicación de su contenido. Quedan expresamente reservados todos los derechos.***