

Sobre la decisión del caso Benhamú Chocrón

Giancarlo Carrazza*

RVDM, Nro. 8, 2022, pp- 249-260

Resumen: Una decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha logrado que, en la práctica, los accionistas de sociedades que no coticen en bolsa y que tengan 15 o menos accionistas deban ser siempre notificados privadamente sobre la celebración de asambleas de accionistas. No consideramos que esa sea la interpretación que deba darse a dicha decisión.

Palabras claves: Derecho societario, convocatoria, asamblea de accionistas.

On the Benhamú Chocrón decision

Abstract: *A decision of the Venezuelan Supreme Court has caused that, in fact, any shareholder of a company that is not listed and has 15 or less shareholders must always be notified individually before any shareholders meeting is held. We do not consider that this has to be the reading of such decision.*

Keywords: *corporate law, notice, shareholders' meeting.*

Recibido: 3/05/2022

Aprobado: 9/06/2022

* Abogado (*summa cum laude*), Universidad Católica Andrés Bello (2018). Miembro de D'Empaire, Caracas.
E-mail: giancarlocarrazza@outlook.com

Sobre la decisión del caso Benhamú Chocrón

Giancarlo Carrazza*

RVDM, Nro. 8, 2022, pp- 249-260

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. La decisión. 2. Interpretación de la decisión.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En este ensayo se analizará la decisión No. 1.066 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 9 de diciembre de 2016 (la “decisión”).¹ Especialmente, el criterio de dicha decisión cuya interpretación ha llevado que, en la práctica, los accionistas de sociedades que no coticen en bolsa y que tengan 15 o menos accionistas deban ser siempre notificados privadamente sobre la celebración de asambleas de accionistas.

No se pretende elaborar un juicio de valor sobre la decisión en sí sino sobre una de las interpretaciones que se le ha dado a dicha decisión en la práctica. Porque, como se concluirá en la segunda sección de este ensayo, la interpretación que debería dársele a la decisión no debería tener efectos que en la práctica limiten la celebración de asambleas de accionistas que cumplan con los requisitos legales de convocatoria.

1. La decisión

La decisión fue dictada con ocasión a un recurso de revisión constitucional contra una sentencia de la Sala de Casación Civil.¹ Si bien la decisión hace diversas consideraciones sobre el régimen de convocatoria a asambleas de accionistas, lo cierto es que las hace a modo de *obiter dictum*, por lo cual no se considera necesario explicar los hechos del caso (de hecho, la Sala Constitucional rechazó el recurso de revisión).

Entre las diversas consideraciones que hace, el presente análisis se centrará en una que es la que ha tenido mayores consecuencias prácticas:

* Abogado (*summa cum laude*), Universidad Católica Andrés Bello (2018). Miembro de D’Empaire, Caracas. E-mail: giancarlocarrazza@outlook.com

¹ Sentencia No. RC-228 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de abril de 2016 (caso *Yasmín Benhamú Chocrón, et al. v. Grupo Samp, C.A.*).

“[D]e ahora en adelante se han de convocar a los accionistas de manera concurrente según lo establecido en los artículos 277 y 279 del Código de Comercio y lo establecido en los estatutos y documento constitutivo (...)”

La Sala limita dicho criterio para que no aplique en el siguiente caso:

“[S]alvo en aquellas sociedades mercantiles que coticen en la bolsa o realicen oferta pública de acciones o tenga más de quince accionistas, siendo que a las últimas se podrá notificar por correo electrónico certificado, con firma electrónica certificada y a través de la página de internet (*sic.*) de la sociedad mercantil”.

Y, por otro lado:

“[E]n materia de franquicia internacional y de consorcios internacionales, entre otros, donde los nuevos franquiciados o consorciados no discuten las cláusulas del contrato, sino que se adhieren al contrato, y para éstos (franquiciados o consorciados) se trata de un nuevo contrato, pueden establecerse formas de notificación de convocatorias distintas a las previstas en el Código de Comercio venezolano pues para la formación del contrato se aplica el derecho extranjero, aunque las mismas funciones (*sic.*) dentro del territorio de la República Bolivariana de Venezuela”.

La decisión fue publicada íntegramente en gaceta oficial como “criterio vinculante sobre modo de convocatoria de las asambleas de accionistas.”²

2. Interpretación de la Decisión

Antes de interpretar el criterio relevante de la decisión, se procederá a identificar sus tres elementos fundamentales.

En primer lugar, la decisión establece que las convocatorias “deben hacerse de manera concurrente” según lo establecido en los artículos 277 y 279 del Código de Comercio y el documento constitutivo y estatutos sociales de la sociedad. Es decir:

- “por los administradores por la prensa, en periódicos de circulación, con cinco días de anticipación por lo menos al fijado para su reunión [y enunciando] el objeto de la reunión,” (artículo 277)
- “[respetando el derecho de todo accionista] de ser convocado a su costa por carta certificada, haciendo elección de domicilio y depositando en la caja de la compañía el número de acciones necesarias para tener un voto en la asamblea,” (artículo 279) y
- conforme a lo establecido en el documento constitutivo y estatutos sociales de la sociedad.

2 Gaceta Oficial No. 41.086 del 31 de enero de 2017.

En segundo lugar, dicha exigencia de convocar de manera “concurrente” no aplica (la decisión usa la palabra “salvo”) para sociedades que coticen en bolsa o tengan 16 o más (“más de 15”) accionistas (las “sociedades excluidas”), para las cuales dicha exigencia se puede cumplir mediante notificación por correo electrónico certificado, con firma electrónica certificada y a través de la página web de la sociedad excluida.

Y, en tercer lugar, en caso de “franquicias y consorcios internacionales,” puede regularse el régimen de la notificación de la convocatoria sin atender a lo establecido en el Código de Comercio.

En resumen, los tres elementos son: (1) se debe convocar cumpliendo de manera concurrente lo dispuesto en los artículos 277 y 279 del Código de Comercio y el documento constitutivo y estatutos sociales de la sociedad, (2) existe una excepción a la convocatoria de forma concurrente para las sociedades excluidas, y (3) las notificaciones de las convocatorias de las “franquicias y consorcios internacionales” pueden regularse de forma distinta a lo establecido en el Código de Comercio.

Ahora, consideramos que existen al menos dos interpretaciones posibles al criterio relevante de la decisión:

- (1) Toda convocatoria a una asamblea de accionistas debe hacerse por los administradores por la prensa, en periódicos de circulación, con cinco días de anticipación por lo menos al fijado para su reunión y enunciando el objeto de la reunión. En caso de que un accionista quiera ejercer su derecho de ser convocado a su costa por carta certificada, este accionista debe (i) elegir frente a la sociedad el “domicilio” para dicha notificación y (ii) depositar en la caja de la sociedad el número de acciones necesarias para tener un voto en la asamblea. En todo caso, debe cumplirse con lo establecido en el documento constitutivo y estatutos sociales de la sociedad. (2) Sin embargo, para el caso de sociedades excluidas, en caso de que un accionista quiera ejercer su derecho de ser convocado a su costa por carta certificada, este requisito puede cumplirse mediante notificación por correo electrónico certificado, con firma electrónica certificada y a través de la página web de la sociedad excluida. (3) En el caso de “franquicias y consorcios internacionales,” puede regularse el régimen de notificación de la convocatoria sin atender a lo establecido en el Código de Comercio (la “primera interpretación”), y
- (1) Toda convocatoria a una asamblea de accionistas debe hacerse por los administradores por la prensa, en periódicos de circulación, con cinco días de anticipación por lo menos al fijado para su reunión y enunciando el objeto de la reunión, y a la vez se debe convocar a todo accionista por carta certificada, independientemente que no haya ejercido dicho derecho, ni haya (i) elegido frente a

la sociedad el “domicilio” para dicha notificación, ni (ii) depositado en la caja de la sociedad el número de acciones necesarias para tener un voto en la asamblea. En todo caso, debe cumplirse con lo establecido en el documento constitutivo y estatutos sociales de la sociedad. (2) Sin embargo, para el caso de sociedades excluidas, la convocatoria puede hacerse mediante notificación por correo electrónico certificado, con firma electrónica certificada y a través de la página web de la sociedad excluida. (3) En el caso de “franquicias y consorcios internacionales,” puede regularse el régimen de notificación de la convocatoria sin atender a lo establecido en el Código de Comercio (la “segunda interpretación”).

La diferencia entre las dos interpretaciones se relaciona con la convocatoria privada contenida en el artículo 279 del Código de Comercio.

Para la primera interpretación, la lectura que se hace del artículo 279 es apegada a su texto:³ la convocatoria por carta certificada es un *derecho* de todo accionista (y como tal debe ser ejercido por dicho accionista, no opera de pleno derecho), y para ejercer dicho derecho el accionista debe primero (i) elegir frente a la sociedad el “domicilio” para dicha notificación y (ii) depositar en la caja de la sociedad el número de acciones necesarias para tener un voto en la asamblea.

Para la segunda interpretación, el artículo 279 en ningún momento dice que la convocatoria por carta certificada es un derecho de todo accionista y tampoco establece las condiciones para ejercer dicho derecho. Es decir, para la segunda interpretación, el artículo 279 del Código de Comercio estaría redactado de la siguiente forma: “Todo accionista debe ser siempre convocado por carta certificada.” Y no creemos que una decisión haya ordenado a leer un artículo del Código de Comercio a una forma tan distinta a la que está escrita:

Artículo 279 del Código de Comercio	Artículo 279 del Código de Comercio según la segunda interpretación
<p style="text-align: center;">Todo accionista tiene el derecho de ser convocado a su costa por carta certificada, haciendo elección de domicilio y depositando en la caja de la compañía el número de acciones necesarias para tener un voto en la asamblea.</p>	<p style="text-align: center;">Todo accionista debe ser siempre convocado por carta certificada.</p>

³ Para referencia, copiamos el texto del artículo 279 del Código de Comercio: “Todo accionista tiene *el derecho* de ser convocado *a su costa* por carta certificada, *haciendo* elección de domicilio y *depositando* en la caja de la compañía el número de acciones necesarias para tener un voto en la asamblea.” (*énfasis añadido*)

Porque, en definitiva, la Sala nunca explicó que debía entenderse por convocatoria hecha de forma “concurrente.” Leyendo la decisión, solo puede extraerse que “concurrente” significa *cumplir* concurrentemente con (i) el artículo 277, (ii) el artículo 279, y (iii) el documento constitutivo y estatutos sociales de la sociedad. “Cumplir” con el artículo 279 no puede nunca conllevar a leerlo de una forma distinta a la que está escrita.

Por ello, el artículo 279 se cumple solo cuando (i) el accionista haya manifestado su elección de ser convocado por carta certificada, y (ii) dicho accionista haya cumplido con designar su domicilio y depositar en la caja de la sociedad el número de acciones necesarias para tener un voto en la asamblea. Si se verifican (i) y (ii), y en la convocatoria no se cumple con lo dispuesto en el artículo 279, entonces la convocatoria no se realizó de manera “concurrente” según lo exige el criterio establecido en la decisión.

Luego, el segundo elemento del criterio permite que, incluso verificándose (i) y (ii), las sociedades excluidas no se vean obligadas a convocar por carta certificada sino por los medios dispuestos en la decisión.

De esta forma, solo la primera interpretación permite leer el artículo 279 conforme a su texto y dotar de *effet utile* a la excepción para las sociedades excluidas.

El argumento más claro a favor de que la excepción que se hace para sociedades excluidas solo se relaciona a la convocatoria privada del artículo 279 se desprende de la misma decisión. En efecto, al referirse a las sociedades excluidas, la Sala afirma: “aunque la publicación por la prensa es de inexcusable cumplimiento.”

Es decir, tanto las sociedades excluidas como todas las demás deben cumplir con el artículo 277 y sus estatutos. Sin embargo, si se verifican los supuestos del artículo 279, las sociedades excluidas pueden cumplir notificando a través de los medios electrónicos allí descritos. De esta forma, la convocatoria se hace “de forma concurrente” solo si:

Demás sociedades	Sociedades excluidas
Cumplen con el artículo 277	Cumplen con el artículo 277
Cumplen con el artículo 279 si se verifican con los supuestos establecidos en dicho artículo	Incluso si se verifican los supuestos establecidos en el artículo 279, pueden convocar privadamente mediante los medios electrónicos descritos en la decisión
Cumplen con su documento constitutivo y estatutos sociales	Cumplen con su documento constitutivo y estatutos sociales

Otro argumento para sostener que la excepción de las sociedades excluidas se refiere exclusivamente a la convocatoria privada contenida en el artículo 279 del Código de Comercio, incluyen:

- al explicar el primer elemento de su criterio (la convocatoria “concurrente”), la decisión usa la palabra *convocar* para explicar que esta debe hacerse de forma concurrente. Sin embargo, al referirse a la excepción de las sociedades excluidas, usa la palabra *notificar*. Claramente, convocar es el género y notificar la especie cuando se refiere a la convocatoria de un accionista individualmente considerado, y
- en el supuesto de sociedades excluidas (especialmente las que coticen en bolsa y puedan tener miles de accionistas), cumplir con la exigencia de “respetar el derecho de todo accionista a ser convocado por carta certificada” se podría tornar altamente oneroso para la sociedad. Si bien dicha convocatoria correría a cargo de los accionistas que lo requieran, imaginemos la inversión de tiempo y recurso humano que implicaría notificar por carta certificada a miles de accionistas cada vez que se celebre una asamblea (o incluso para recibir e imputar los pagos de los costos de dicha convocatoria). Ante ello, hace sentido la excepción que hace la Sala de permitir que dicha notificación se haga por correo electrónico certificado, con firma electrónica certificada y a través de la página web de la sociedad excluida.
- De igual forma, sobran los argumentos para sostener que la lectura del artículo 279 no puede ser la propuesta por la segunda interpretación (“todo accionista debe ser siempre convocado por carta certificada”). Por ejemplo:
- no es difícil imaginar el supuesto en el que al menos uno de los accionistas de la sociedad simplemente haya dejado de comunicarse con la sociedad y no haya indicado ninguna forma de contactarlo. En este caso, la sociedad podría verse paralizada por no poder localizar a dicho accionista y dejaría de celebrar asambleas de accionistas (incluso rutinarias) hasta lograr contactarlo. Dicho supuesto se vuelve aún más absurdo en el caso de accionistas con posiciones minoritarias (un accionista con el 99.9% de las acciones se ve imposibilitado de celebrar asambleas de accionistas hasta no poder localizar al accionista con 0.1%), y
- el artículo 279 establece que la convocatoria por carta certificada es “a costa” del accionista. Si se siguiera la segunda interpretación, se aceptaría que los accionistas que sean convocados por carta certificada asuman los costos de una convocatoria privada que nunca solicitaron y así asumir, de pleno derecho, obligaciones frente a la sociedad cada vez que se convoque a una asamblea de accionistas (sin nunca haber consentido a dichas obligaciones de pago). Es decir, la condición de accionista de una sociedad implicaría la obligación de sufragar de pleno derecho los costos de cada convocatoria para todas las asambleas de accionistas de dicha sociedad.

De esta forma, consideramos que la primera interpretación es la forma correcta de leer la decisión.⁴

Solo para efectos de exhaustividad, mencionamos las dos razones que aparentemente motivaron a la Sala a dictar la decisión. Estas razones parecen ser situaciones que la Sala considera que actualmente fomentan una alta litigiosidad en relación a la celebración de asambleas de accionistas:

- “asambleas de accionistas [e]n las que un solo accionista realiza [la convocatoria sin tener facultades y valiéndose solamente de su condición de socio], para efectuar cambios en la composición accionaria de la empresa (donde un accionista minoritario aumenta capital para pasar a ser mayoritario), realizar aumentos de capital, designar administradores, establecer las facultades de ciertos administradores, o crear administradores únicos excluyendo a los demás, entre otras actividades y decisiones que se realizan y toman en esas asambleas,” y
- “convocatorias a través de medios impresos de poca circulación o consulta, siendo que tales publicaciones de las convocatorias deben ser hechas por la prensa, en periódicos (artículo 277 del Código de Comercio), por lo que no puede hacerse en una revista de publicación mensual, debiendo ser interpretada esta norma como que exige que el periódico tenga circulación o que la publicación se haga “en uno de los periódicos de más circulación” como lo establece el artículo 253 del Código de Comercio, completándose así la *mens legis*, ya que el legislador no pudo haberse referido a un periódico de escasa circulación, ya que la finalidad es poner en conocimiento a los interesados, que no están al tanto de la convocatoria para que puedan hacer valer sus derechos, de allí que la convocatoria ha de hacerse en la prensa diaria, de tipo general, lo cual excluiría a algunos medios de gran difusión que no circulan los domingos o prensa especializada, por lo que han de publicarse en dos diarios de reconocida circulación nacional y de mayor consulta, que por su tiraje garanticen en mayor medida la posibilidad de lectura.”
(*cursiva del original*)

⁴ Para referencia, la copiamos nuevamente: “(1) Toda convocatoria a una asamblea de accionistas debe hacerse por los administradores por la prensa, en periódicos de circulación, con cinco días de anticipación por lo menos al fijado para su reunión y enunciando el objeto de la reunión. En caso de que un accionista quiera ejercer su derecho de ser convocado a su costa por carta certificada, este accionista debe (i) elegir frente a la sociedad el “domicilio” para dicha notificación y (ii) depositar en la caja de la sociedad el número de acciones necesarias para tener un voto en la asamblea. En todo caso, debe cumplirse con lo establecido en el documento constitutivo y estatutos sociales de la sociedad. (2) Sin embargo, para el caso de sociedades excluidas, en caso de que un accionista quiera ejercer su derecho de ser convocado a su costa por carta certificada, este requisito puede cumplirse mediante notificación por correo electrónico certificado, con firma electrónica certificada y a través de la página web de la sociedad excluida. (3) En el caso de “franquicias y consorcios internacionales,” puede regularse el régimen de notificación de la convocatoria sin atender a lo establecido en el Código de Comercio.”

Pues bien, las dos situaciones que la Sala identifica como problemáticas tienen soluciones propias que no requieren que el derecho a una convocatoria personal se convierta en una condición *sine qua non* para que se pueda celebrar una asamblea de accionistas en sociedades distintas a las sociedades excluidas (que sería, en efecto, lo que plantea la segunda interpretación).

Para ambas situaciones, basta con verificar que (i) quien convoca tiene facultades para ello bajo el Derecho venezolano y el documento constitutivo y estatutos sociales de la sociedad, y (ii) la convocatoria se hizo a través de un medio idóneo conforme a los parámetros establecidos en el Derecho venezolano y el documento constitutivo y estatutos sociales de la sociedad.

Y la certeza de que una asamblea de accionistas convocada por alguien que no tenga facultades o a través de un medio no idóneo para ello estará sujeta a anulación, existe. Son numerosos los criterios jurisprudenciales relacionados a ambos puntos (facultades para convocar y medio idóneo).⁵ Basta con leer el artículo 277 del Código de Comercio para concluir, que al menos por regla, las convocatorias deben hacerse mediante los administradores y en prensa periódica de circulación.

Proponer que todas las asambleas deban tener una convocatoria personal para evitar las situaciones problemáticas es restringir y limitar el derecho de quienes quieran celebrar asambleas de accionistas cumpliendo las disposiciones legales solo para frenar las actuaciones excepcionales de quienes pretendan hacerlo incumpliendo dichas disposiciones. Si el problema es que exista una alta litigiosidad en la materia, la solución no es restringir el derecho sustantivo sino desarrollar y perfeccionar los derechos adjetivos que lo garanticen.

En efecto, como ha identificado la doctrina, debe favorecerse como principio la celebración de asambleas de accionistas como expresión máxima de la voluntad social,⁶ por tanto, toda interpretación debe favorecer la posibilidad de que se celebren asambleas de accionistas,⁷ incluyendo aquellas interpretaciones que se hagan sobre el régimen aplicable a las convocatorias.

⁵ Ver: Diego Thomás Castagnino, «Desarrollo jurisprudencial sobre las convocatorias para la celebración de asambleas ordinarias y extraordinarias de las sociedades mercantiles,» en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, E.1, 2021 (Caracas: Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, 2021), 83-106.

⁶ Mario Bariona Grassi, «Una aproximación a los principios del derecho societario,» en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, 6, 2021 (Caracas: Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, 2021), 151-152.

⁷ Mario Bariona Grassi, «La telemática aplicada a las asambleas de accionistas en Venezuela,» en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, 4, 2020 (Caracas: Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, 2020), 98.

La primera interpretación, además de estar apegada al texto del artículo 279 del Código de Comercio y dotar de *effet utile* a la excepción para las sociedades excluidas, favorece la posibilidad de celebrar asambleas de accionistas.

CONCLUSIONES

1. El criterio de la decisión con respecto a las convocatorias a asambleas de accionistas contiene tres elementos: (1) se debe convocar cumpliendo de manera concurrente lo dispuesto en los artículos 277 y 279 del Código de Comercio y el documento constitutivo y estatutos sociales de la sociedad, (2) existe una excepción a la convocatoria de forma concurrente para las sociedades excluidas, y (3) las notificaciones de las convocatorias de las “franquicias y consorcios internacionales” pueden regularse de forma distinta a lo establecido en el Código de Comercio.
2. De la decisión no se extrae qué debe entenderse por convocatoria hecha de forma “concurrente.” Leyendo la decisión, solo puede extraerse que “concurrente” significa *cumplir* concurrentemente con (i) el artículo 277, (ii) el artículo 279, y (iii) el documento constitutivo y estatutos sociales de la sociedad.
3. Para poder “cumplir” con el artículo 279, debe verificarse que (i) el accionista haya manifestado su elección de ser convocado por carta certificada, y (ii) dicho accionista haya cumplido con designar su domicilio y depositar en la caja de la sociedad el número de acciones necesarias para tener un voto en la asamblea. De lo contrario, se estaría desconociendo el mismo texto del artículo.
4. La excepción de las sociedades excluidas (segundo elemento) solo aplica para la convocatoria personal del artículo 279.
5. La primera interpretación, además de estar apegada al texto del artículo 279 del Código de Comercio y dotar de *effet utile* a la excepción para las sociedades excluidas, favorece la posibilidad de celebrar asambleas de accionistas (principio del Derecho mercantil venezolano según ha sido identificado por la doctrina).

BIBLIOGRAFÍA

Bariona Grassi, Mario. «La telemática aplicada a las asambleas de accionistas en Venezuela.» En *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, 4, 2020, 91-104. Caracas: Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, 2020.

_____ : «Una aproximación a los principios del derecho societario.» En *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, 6, 2021, 145-153. Caracas: Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, 2021.

Castagnino, Diego Tomás. «Desarrollo jurisprudencial sobre las convocatorias para la celebración de asambleas ordinarias y extraordinarias de las sociedades mercantiles.» En *Revista Venezolana de Derecho Mercantil, E.1, 2021*, 83-106. Caracas: Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, 2021.

Código de Comercio, publicado en la Gaceta Oficial No. 475 Extraordinario del 21 de diciembre de 1955.

Farías Juárez, José Alexy y Salazar Paredes, Emmily Mariana. «La convocatoria para las asambleas de la sociedad anónima, según sentencia N° 1.066/2016 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.» En *Revista Venezolana de Derecho Mercantil, 5, 2020*, 437-460. Caracas: Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, 2020.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia No. RC-228 del 11 de abril de 2016 (caso *Yasmín Benhamú Chocrón, et al. v. Grupo Samp, C.A.*)

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 1066 del 9 de diciembre de 2016 (caso *Yasmín Benhamú Chocrón, et al.*)