

La convocatoria para las asambleas de la sociedad anónima, según sentencia N° 1.066/2016 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

José Alexy Farías Juárez*

Emmily Mariana Salazar Paredes**

RVDM, Nro. 5, 2020. pp-437-460

Resumen: El presente artículo tuvo como objetivo analizar el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con relación a las convocatorias de asambleas de las sociedades anónimas en Venezuela. La investigación fue de tipo documental y como técnica para la recolección de datos se aplicó la observación. La convocatoria es definida como la forma de notificación a los accionistas para informar las asambleas próximas a celebrarse y se constituye como un requisito fundamental para su validez. Además, se concluyó que las partes, de acuerdo a la ley, determinan el régimen jurídico de las sociedades mercantiles a través del documento constitutivo y estatutario; no obstante, el criterio de la Sala Constitucional violenta el principio de reserva legal y no involucra la convocatoria por medios electrónicos.

Palabras Clave: Convocatoria, asamblea, sociedad anónima.

The call for the assembly of a corporation, according to ruling No. 1.066/2016 of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice

Abstract: *The objective of this article was to analyze the criteria of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice in relation to the calling of meetings of corporation in Venezuela. The research was of a documentary nature and the technique for data collection was applied. The summons is defined as the form of notification to the shareholders to inform the meetings that are about to take place and it is constituted as a fundamental requirement for its validity. In addition, it was concluded that the parties, in accordance with the law, determine the legal regime of the corporations through the document of incorporation and the by-laws; however, the criteria of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, violates the principle of legal reserve and does not involve the summons by electronic means.*

Keywords: *Calling, meetings, corporation.*

* Abogado. Universidad del Zulia (LUZ). Maracaibo, Estado Zulia, Venezuela. Magister Scientiarum en Derecho Procesal Civil (LUZ). Profesor e investigador en la cátedra Derecho Mercantil y Derecho Procesal Civil I, URU y LUZ. Árbitro y miembro del Comité de la Revista Cuestiones Jurídicas (URU). Abogado en ejercicio. Correo electrónico: josealexysfarias@gmail.com

** Estudiante de la Escuela de Derecho. Universidad Rafael Urdaneta (URU). Maracaibo, Venezuela. Miembro del cuadro de honor de URU (2018A-2020B). Reconocimiento por iniciativa y talento URU 2020, Miembro de la delegación internacional de Modelos de Naciones Unidas de la URU (URUIDMUN). Correo electrónico: emmilysalazarp@gmail.com

La convocatoria para las asambleas de la sociedad anónima, según sentencia N° 1.066/2016 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

José Alexy Farías Juárez*

Emmily Mariana Salazar Paredes**

RVDM, Nro. 5, 2020. pp-437-460

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1.- La convocatoria para la asamblea de accionistas de una sociedad anónima. 1.1.- Formalidades, contenido y nuevas propuestas de la convocatoria. 2.- Análisis normativo de la aplicación de las fuentes o normas que regulan a una sociedad anónima. 3.- Criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. 3.1.- Obiter dictum y su alcance en las asambleas de socios.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN.

Las sociedades mercantiles nacen como sujetos de derecho a partir del registro y publicación del contrato de sociedad, el cual exterioriza las reglas de convivencia entre accionistas entre si, por un lado, y por el otro, entre accionistas frente a terceros.

El cumplimiento de las formalidades es determinante para el nacimiento de la persona jurídica, pero nada obsta para que puedan subsistir sociedades irregulares o de hecho, atendiendo a la idea de una responsabilidad mancomunada y solidaria por parte de los socios.

En el caso específico de la sociedad anónima, la participación y voto se materializa a través del máximo órgano en la toma de decisiones, es decir, la asamblea, la cual determina el régimen legal al que todos los accionistas se someten previa convocatoria realizada de forma válida y eficaz.

* Abogado. Universidad del Zulia (LUZ). Maracaibo, Estado Zulia. Venezuela. Magister Scientiarum en Derecho Procesal Civil (LUZ). Profesor e investigador en la cátedra Derecho Mercantil y Derecho Procesal Civil I, URU y LUZ. Árbitro y miembro del Comité de la Revista Cuestiones Jurídicas (URU). Abogado en ejercicio. Correo electrónico: josealexysfarias@gmail.com

** Estudiante de la Escuela de Derecho. Universidad Rafael Urdaneta (URU). Maracaibo, Venezuela. Miembro del cuadro de honor de URU (2018A-2020B). Reconocimiento por iniciativa y talento URU 2020, Miembro de la delegación internacional de Modelos de Naciones Unidas de la URU (URUIDMUN). Correo electrónico: emmilysalazarp@gmail.com

Aun cuando la convocatoria es el medio previsto para informar a los accionistas sobre una reunión, no obstante, en Venezuela, este sistema no se ajusta al desarrollo progresivo del derecho societario, trayendo como consecuencia, la incorporación de los medios electrónicos en los modos de convocatoria distintos a los tradicionales regulados en el Código de Comercio.

Ciertamente, a tenor de lo dispuesto en los artículos 277 y 279 del Código de Comercio de 1955, las convocatorias deben llevarse a cabo por medios impresos, vale decir, prensa escrita; también es una realidad que en la actualidad, es limitada la circulación de ésta dentro de gran parte del territorio nacional¹.

Todo lo cual, lleva a los accionistas a prever medios alternativos idóneos para cumplir con tal formalidad y como expresión del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Ahora bien, a partir de la sentencia N° 1.066 de fecha nueve (09) de diciembre de 2016² dictada por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de Derecho, se presenta una situación de incertidumbre sobre cómo realizar la convocatoria, en virtud de las interpretaciones realizadas por parte de la comunidad jurídica en general, lo cual será objeto de estudio en esta investigación.

El criterio de la Sala Constitucional hace alusión a la expresión latina *obiter dictum* que significa dicho de paso, y se utiliza comúnmente en las sentencias judiciales para justificar los argumentos de la decisión sin carácter vinculante alguno; pero en la actualidad se cuestiona la validez de las asambleas celebradas de modo distinto al establecido en dicha sentencia y se pretende conocer el alcance de dicho criterio y su aplicabilidad.

1.- La convocatoria para la asamblea de accionistas de una sociedad anónima.

En Venezuela, en virtud del desuso de los tipos de sociedades mercantiles previstos en la ley y el surgimiento de nuevas formas societarias (v.g. consorcios, *join venture* societario, entre otros), trae como consecuencia que esta investigación se centre exclusivamente en el estudio de la sociedad anónima, por ser esta la que prevalece en la práctica y sirve de base para todos los demás contratos que surgen.

¹ Un ejemplo claro de esto, se refleja en la problemática respecto a la circulación de los medios impresos en diversas localidades del país, y en el caso particular, del diario panorama cuya última versión impresa se publicó en el año 2019. Disponible en: <https://www.panorama.com.ve/ciudad/Nuestro-editorial-de-hoy-Hasta-Pronto-20191230-0076.html>

² Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia No. 1.066 de fecha 9 de diciembre de 2016. Ponente: Magistrada Lourdes Benicia Suárez Anderson Exp. No. 16-0826.

La convocatoria para la celebración de una asamblea, se define como el llamamiento, conminación o invitación que se les hace a los accionistas para participar en una reunión y poder manifestar su derecho al voto, y con ello conseguir el *quórum* necesario para deliberar³.

De la misma manera, es precisada como un “mecanismo consistente en preestablecer el día y hora de celebración de la asamblea, en cuyo caso su finalidad es informar a los accionistas.” (Díaz 2014, 320)

A diferencia del planteamiento anterior, se observa que, a nivel de la doctrina imperante, la convocatoria es un aviso o notificación “publicado en el o los medios de comunicación, previstos por la ley o por el contrato social, por el cual se llama a los accionistas a reunirse en asamblea” (Casillas 2014, 14).

Por su parte, se concibe la convocatoria como “un aviso con un contenido mínimo que debe permitir al accionista enterarse de que en un lugar, día y hora determinados tendrá lugar una reunión de accionistas en el cual se va a deliberar y decidir sobre asuntos concretos.” (Morles Hernández 2010, 1339)

De la doctrina citada, se puede extraer que la convocatoria es una forma de notificación a los accionistas para informar las asambleas próximas a celebrarse en la sociedad, la cual se comporta como una formalidad esencial para su validez y se materializa a través de una publicación en medios de comunicación.

Además, deben cumplir con una serie de requisitos, entre los cuales se encuentran la determinación del día, hora y lugar para celebrar la asamblea, y cumplir con las demás formalidades exigidas por ley o el documento constitutivo.

En el caso de Venezuela, es importante resaltar que el Código de Comercio⁴, en lo sucesivo C.Co., no brinda una definición de convocatoria como tal, sin embargo, prescribe que es una formalidad que determina la validez de las asambleas y deben cumplir con unos parámetros descritos.

En este sentido, tal como establece en el artículo 277 del Código de Comercio: “...La convocatoria debe enunciar el objeto de la reunión, y toda deliberación sobre un objeto no expresado en aquella es nulo.”⁵

³ En principio, de forma supletoria, es decir, si el documento constitutivo no dispone otra cosa, la convocatoria ha de hacerse por prensa y de forma individual, de conformidad con los artículos 277 y 279 del Código de Comercio, y tal responsabilidad estará a cargo del administrador.

⁴ Congreso de la República de Venezuela. *Ley de Reforma Parcial del Código Comercio de Venezuela*. Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela en No. 475 de 21 de diciembre de 1955.

⁵ V. art. 277 *ejusdem*.

Sobre este último particular, se debe señalar que con ocasión a la nulidad a la que alude la ley, es importante conocer cuáles serían aquellos requisitos mínimos necesarios que determinan la validez de una asamblea.

2.1.- Formalidades, contenido y nuevas propuestas de la convocatoria.

El artículo 277 del Código de Comercio establece los parámetros que debe cumplir la convocatoria, a saber: la necesidad de ser realizada por la persona facultada; la anticipación a la celebración; la identificación de la sociedad que convoca; el día, hora y lugar en el cual se celebrará la asamblea; y, la agenda a tratar.⁶

La inobservancia de la norma trae consigo la ineficacia de la convocatoria, por lo tanto, las decisiones que se tomen en la asamblea no producen efectos jurídicos, esto es, “sería nula, y tal nulidad opera de pleno derecho pudiendo ser alegada en cualquier momento siempre y cuando se esté dentro del plazo de prescripción de las acciones de nulidad”⁷ (Garay 2014, 163).

En este sentido, las convocatorias se deben llevar a cabo por medio de publicación de un aviso en el periódico de la entidad del domicilio de la sociedad o en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio de la sociedad, con la anticipación que fijen los estatutos o la ley, y, deberá contener el objeto y ser firmada por la persona o personas que convoquen a la asamblea. (Casillas 2014)

De igual modo, respecto de las formalidades para efectuar la convocatoria resulta pertinente indicar que conforme al criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

...el Código de Comercio, no limita o prohíbe a los socios establecer reglas distintas a las formas de convocatoria para la celebración de asambleas previstas en dicho código, por lo que por vía estatutaria podrán establecer mecanismos distintos sin poner en riesgo un adecuado aviso sobre su celebración, teniendo claramente definido el panorama que quien convoca, no tiene libertad para escoger el medio de información (sea prensa, electrónico incluso directo y personal), ya que el pacto social o en su defecto supletoriamente la ley, lo regula.⁸

⁶ V. art. 277 *ejusdem*.

⁷ El artículo 132 del Código de Comercio al tratar el tema dispone que: “La prescripción ordinaria en materia mercantil se verificará por el transcurso de diez años, salvo los casos para los cuales se establece una prescripción más breve por este Código u otra ley”; no obstante, el artículo 56 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado (2014), señala: “La acción para demandar la nulidad de una asamblea de accionistas, de una sociedad anónima o de una sociedad en comandita por acciones, así como para solicitar la nulidad de una reunión de socios de las otras sociedades, se extinguirá al vencimiento del lapso de un año, contado a partir de la publicación del acto inscrito”.

⁸ Ver sentencia N° 565 de fecha 22 de octubre de 2009, Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, caso:

De lo anterior, se desprende que el sistema de convocatorias, atiende, en primer lugar, a lo consagrado en el contrato de sociedad y a falta de disposición expresa, a las disposiciones de la ley mercantil, de forma supletoria.

Las convocatorias deben cumplir con una antelación suficiente previa a la reunión, junto con un contenido mínimo que versa en los siguientes aspectos: “nombre de la sociedad, nombre y clase del órgano que convoca, fecha de la reunión, hora de la reunión, ciudad” (Cardoso, Gaitán y Martínez 2015, 7-9).

Si bien, la regla general es que la convocatoria sea hecha por el administrador de la sociedad, también la doctrina admite que el órgano colectivo pueda delegar en uno de sus miembros la facultad de convocar la asamblea. (Morles Hernández 2010).

De otro modo, respecto a la anticipación para celebrar la reunión de socios, la ley mercantil⁹ prevé tanto para las asambleas ordinarias como extraordinarias, un lapso de espera como mínimo de cinco (05) días antes del día fijado para la reunión.

Fuera de estos casos, donde concurra la totalidad de los accionistas a la asamblea, no es necesaria la convocatoria en virtud de lo dispuesto en el artículo 331 del C.Co: “Si en el documento constitutivo fuere prevista la convocatoria de los socios para la asamblea, la falta de convocatoria quedará cubierta con la presencia de todos los socios.”¹⁰

En síntesis en Venezuela, la forma de convocar a la asamblea debe ser hecha por prensa, en los periódicos de mayor circulación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 277 del Código de Comercio, siempre y cuando el contrato de sociedad no disponga otra cosa.¹¹

La norma citada, no determina en cuál tipo de prensa se debe realizar la convocatoria, sin embargo, se interpreta que será en un periódico de mayor circulación, dejando a salvo la posibilidad de establecer en los estatutos otros medios, como el electrónico, pero cumpliendo con las formalidades exigidas por la ley. (Morles Hernández, 2010)

Asimismo, el artículo 279 del Código de Comercio¹² contempla un modo de convocatoria personal que se lleva a cabo por carta certificada, el cual es un derecho que tiene todo accionista, haciendo elección de un domicilio y depositando en la caja de la compañía el número de acciones necesarias para votar en la asamblea.

Inversiones Arm & Arm 007 C.A., contra 6025 Hotels Corporation C.A., expediente 09-675).

⁹ V. art. 276 y 277 C.Co

¹⁰ V. art 331 *ejusdem*.

¹¹ V. art. 277 *ejusdem*.

¹² V. art. 279 *ejusdem*.

Respecto este tipo de convocatoria se expone:

Hoy en día hemos de interpretar esta norma diciendo que la convocatoria individual al socio, que cumple con el requisito dicho, deberá hacerse por correo electrónico si así lo pide. Y si es por carta certificada, serán a su costa los gastos de envío, pero como está el correo lento, este medio carece de eficacia salvo que se emplee alguno de los sistemas privados de envío de correspondencia. (Garay 2014, 164)

Por otro lado, respecto el alcance del artículo 279 del C.Co, se resalta que tal disposición “confiere a los socios el derecho de ser convocados a su costa, por correo certificado, y esta a su vez, debe ser publicada en el órgano que señale el documento constitutivo con la antelación prescrita por éste.” (Hung Vaillant 2009, 192)

De lo anterior, se destaca que, en la actualidad en Venezuela, los modos de convocatoria para asambleas regulados en el Código de Comercio, llegan a carecer de eficacia práctica, más allá de la precisión de la norma, como consecuencia de los trámites conducentes para publicar por prensa o el sistema de correo.

De la misma manera, Buitrago y Hullet (2014), establecen que del contenido de los artículos 277 y 279 del C.Co, se demuestra:

La redacción sobre los medios específicos señalados por ley para la convocatoria a asambleas de accionistas no detallan las precisiones necesarias en la redacción de las normas antes referidas, llevando esta situación al acaecimiento de ciertas lagunas legislativas, que detallan la falta de previsión por parte del redactor de la norma, en función al medio utilizado para hacer la convocatoria, creando una preocupación en la praxis societaria sobre esta figura. (Buitrago y Hullet 2014, 171)

Lo anterior, lleva necesariamente a considerar los avances tecnológicos y la inclusión de las nuevas tecnologías en las formas de convocatoria, pero previsión esta que debe ser tomada en consideración por parte de la asamblea nacional, como órgano legislador para evitar violar la reserva legal.

En el mismo orden de ideas, respecto del contenido de la convocatoria, señala que se debe enunciar el nombre de la sociedad; el lugar, fecha y hora de la reunión; el orden del día o puntos a tratar; y, la expresión del órgano que formula la convocatoria. (Hung Vaillant 2009).

De lo anterior, se puede decir que más allá de la finalidad de información que cumple la convocatoria, estas, deben cumplir primero con el conjunto de exigencias que determina el pacto social o en su defecto el C.Co., para evitar que se generen dudas para los accionistas sobre cualquier detalle de la asamblea próxima a celebrarse.

Igualmente, en virtud del carácter dinámico del derecho societario, las convocatorias para reunión de socios, deben adecuarse a la modernización que ha impregnado al derecho mercantil y, por ende, trae consigo la implementación de nuevas formas para llevar a cabo sus operaciones.

En este sentido, se puede destacar de las nuevas figuras las cuales se han implementado los ordenamientos jurídicos en derecho comparado “se ha optado por la inclusión de elementos de innovación tecnológica que permiten asegurar mayor participación de los accionistas, y así permitir el adecuado desarrollo de la voluntad de los socios” (Vásquez 2016, 31).

De lo anterior, se colige que, evidentemente la autonomía de la voluntad juega un papel fundamental en la adopción de los cambios, en especial, los tecnológicos, esto en consonancia con la última parte del artículo 200 del Código de Comercio, cuando señala: “...Las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por disposiciones de este Código y por las del Código Civil”.

De un análisis sobre la inclusión de novedosos y avanzados métodos para convocar una asamblea en el derecho extranjero, se puede observar el mayor impacto en Europa, siendo los ordenamientos jurídicos de Portugal, España, Alemania y Francia aquellos que comienzan a dejar de lado la rigidez del sistema continental europeo (Buitrago y Hullet, 2014).

En el seguimiento de estas tendencias, se puede tomar como ejemplo ciertos aspectos innovadores del sistema portugués el cual ha incorporado medio electrónicos dentro de estas reformas:

a) A fin de simplificar las formalidades en el momento de la constitución de las sociedades, se asigna especial importancia a la forma electrónica, (...) la “empresa en una hora” y la “empresa online”; ello supone una forma más simple, más rápida y más barata de constituir sociedades; b) se admite, también, la celebración de asambleas generales virtuales, lo que supone la convocatoria a ellas por vía electrónica, su celebración también por medios telemáticos y el voto electrónico u online. (Rothenberg 2019, 51)

Sobre la base expuesta, se observa claramente como la tecnología y los medios electrónicos se han convertido paulatinamente en lo cotidiano, dejando de lado las formalidades tradicionales como la prensa o gacetas destinadas a comunicar o convocar asambleas de sociedades.

Con base a lo tratado, se puede entender que el transcurso del tiempo ha llevado a una adecuación del derecho mercantil, y en especial, a las formas de convocatoria, estableciéndose una nueva tendencia sobre modos de convocatoria que versan sobre medios electrónicos alternativos a los tradicionales.

Así ha sido concebido por algunos autores al señalar que: “La convocatoria por medios electrónicos debe entenderse como la comunicación enviada a los accionistas por la persona quién tiene la autoridad en el ente societario de realizarla, tal como si se tratase de una convocatoria tradicional”. (Buitrago y Hullet 2014, 172-173)

En el mismo orden de ideas, se puede referir que en Venezuela existe una Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, cuyos cambios normativos permiten reformas en la práctica, por ejemplo, la posibilidad de llevar a cabo la convocatoria por vía electrónica como alternativa de notificación a las asambleas. (Fernández 2013).

No obstante, la falta de regulación y desarrollo en el sistema legal venezolano se ha quedado corto ante las inminentes reformas que traen la tecnología a las sociedades mercantiles y se hace necesaria la búsqueda de opciones que permitan la eficaz materialización de las actuaciones de los órganos de la sociedad.

Finalmente, en Venezuela, la adopción de otros medios para convocar, alternativos a los contemplados en el Código de Comercio¹³, es una elección factible, a través de la cual, la convocatoria para las asambleas por medios electrónicos tendrá sus mayores fortalezas (Buitrago y Hullet 2014, 172).

2.- Análisis normativo de la aplicación de las fuentes o normas que regulan a una sociedad anónima.

En líneas generales, las fuentes del derecho constituyen la manifestación de este, tal como lo explica el autor Bracho Grand (2014) y refieren a una serie de mecanismos o procedimientos a través de los cuales se crean las normas que darán respuestas jurídicas a determinados problemas.

Por su lado, el autor García Máynez (1980) clasifica las fuentes del derecho en históricas, reales y formales, y por tanto:

Las primeras se encuentran conformadas por los documentos o conjunto de leyes que han regido en determinado momento; en segundo lugar, las fuentes reales se encuentran relacionadas con factores sociales, políticos y económicos determinando el contenido de la fuente formal, siendo esta última el producto normativo que surge luego del proceso de formación de leyes. (García Máynez 1980, 254)

Ahora bien, el derecho mercantil, como toda rama del derecho se ajusta a un conjunto de normas, las cuales vinculadas, conforman las fuentes de la materia; sin embargo, distintos autores analizan la jerarquía correspondiente en el proceso de aplicación.

¹³ V. art. 277 y 279 C.Co.

De acuerdo al artículo 8 del Código de Comercio¹⁴ el orden de aplicación de las fuentes: “En los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil.”

De forma consecuente, el artículo 9 del C.Co.¹⁵, se refiere a la costumbre mercantil, la cual suple el silencio de la ley, sugiriendo de este modo, la posición de estas dentro de la jerarquía la cual es posterior al Código Civil.

El derecho mercantil no se agota en el Código de Comercio, sino que también se encuentran una serie de leyes especiales que responden a un proceso de decodificación que no tienen naturaleza civil, como la Ley de Mercado de Valores¹⁶, entre otras, lo cual refleja la ambigüedad en la redacción del artículo 8 citado (Morles Hernández, 2010).

Asimismo, el término costumbre mercantil, es una de las maneras para referirse a los usos y prácticas de la materia siendo evidente que este es el caso del artículo 9 del Código de Comercio. (Vivante 1932)

De lo expuesto, queda claro que indiscutiblemente, de forma general, en sociedades mercantiles, se encuentra, en primer lugar, dentro del orden de aplicación de las fuentes, las leyes mercantiles junto con el Código de Comercio, seguido de la costumbre y luego el Código Civil.

Para Mármol Marquis (1978) el orden de integración de las fuentes en materia mercantil comienza con la norma mercantil estatuida, el contrato, los usos y por último el Código Civil.

De acuerdo al sistema venezolano, la jerarquía de las fuentes regulatorias de las sociedades mercantiles se consagra en el artículo 200 del C.Co.,¹⁷ el cual establece en su último aparte: “...Las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por las disposiciones de este Código y las del Código Civil”.

Con base a la citada norma, se observa que una sociedad se encuentra regulada atendiendo al siguiente orden:

1. Convenios de las partes (pacto social o contrato de sociedad)
2. Código de comercio
3. Código Civil

¹⁴ V. art. 8 C.Co.

¹⁵ V. art. 9 *ejusdem*.

¹⁶ Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *Ley del Mercado de Valores*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela en No. 39.546 de fecha 05 de noviembre de 2010.

¹⁷ V. art. 200 C.Co.

De lo anterior, es incuestionable que las sociedades mercantiles se rigen primeramente por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, tal como señala Fernández (2013), luego la ley mercantil, y, finalmente el Código Civil.

Con la normativa vigente, el principio de autonomía de la voluntad gobierna las sociedades anónimas en Venezuela, “regulado esencialmente bajo los estatutos sociales establecidos y suscritos por los socios, seguidamente por el cumplimiento estricto de las normas que los regulan como lo es el Código de Comercio y sus normativas especiales.” (Fernández 2013, 20)

Al afirmar que las sociedades se constituyen por un contrato, en este caso, el documento constitutivo o pacto social, la autonomía de la voluntad juega un papel fundamental adquiriendo las disposiciones de este un carácter vinculante en la normativa aplicable sobre las actuaciones de la sociedad.

Sobre este aspecto, se explica lo siguiente:

Las partes contratantes determinan libremente y sin intervención, pero con una eficacia que el propio legislador compara con la de la ley, los contratos que ellas celebran; y lo hacen según sus intereses particulares, sin tener que sujetarse a las reglas del Código Civil, ni en cuanto a los tipos de contratos que prevé el Código Civil, ni en cuanto a las normas específicas que este trae para cada contrato particular. (Mélích Orisini 2012, 20)

En este orden de ideas, se debe precisar la diferencia entre el contrato constitutivo y los estatutos sociales en lo siguiente:

“Contrato social” es la parte del instrumento que se refiere a la decisión de los socios de constituir la sociedad, el nombre, el domicilio, su plazo, objeto y los “estatutos sociales” se refieren a las cláusulas sobre el funcionamiento de los órganos de la sociedad, en el lenguaje cotidiano no se realiza tal distinción y se los utiliza indistintamente para referirse al instrumento de creación y regulación del funcionamiento de la sociedad. (Pisani 2016, 85)

Por su lado, Rothenberg, afirma lo siguiente:

La máxima expresión del principio de autonomía de la voluntad se verifica en el momento de determinar el contenido de los estatutos sociales, en la práctica, tal diferenciación no se manifiesta, por lo tanto al referirnos al documento constitutivo estos contienen a su vez los estatutos, denominándose documento constitutivo estatutario. (Rothenberg 2019, 71)

De lo expuesto, puede decirse que la libertad de configuración estatutaria encuentra una serie de limitaciones, precisamente en la normativa legal, por tanto, este principio consigue la amplitud de su reconocimiento en la medida de la existencia de disposiciones legales imperativas para la validez y eficacia de los elementos esenciales de la sociedad (Vásquez 2016).

Tales limitaciones, serían el requisito formal de otorgamiento en documento público o privado del contrato de sociedad¹⁸, o los requisitos mínimos de contenido del documento constitutivo en virtud del artículo 213 del Código de Comercio. (Vásquez 2016).

Por consiguiente, las fuentes en el área del derecho societario van más allá de las formalidades impuestas por la ley, y, en definitiva, la autonomía de la voluntad de las partes se instituye como la fuente principal en el orden de integración de esta materia en virtud del fundamento jurídico anteriormente expuesto.

Las sociedades mercantiles, entre ellas, la sociedad anónima, se constituyen a través de un contrato de sociedad, en el cual, se establecen una serie de disposiciones con arreglo a la voluntad de los socios que rigen tanto los aspectos básicos de constitución, como lo referente al funcionamiento interno de las mismas, aplicándose de este modo el resto de las fuentes de forma supletoria.

3.- Criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

A través de la jurisprudencia venezolana se han fijado ciertos criterios sobre diversas áreas del derecho, y en particular en el derecho mercantil, como un derecho cambiante y variante que debe adecuarse a las nuevas circunstancias que se presenten en el país.

Respecto a la libertad contractual, la Sala de Casación Civil en sentencia nro. 565 de fecha veintiuno (21) de octubre de 2009, consciente que esta se configura por potestad de los socios de elaborar reglas distintas a las previstas en el Código de Comercio, a través de una asamblea los accionistas entre el ejercicio de sus derechos:

Limitaría el derecho de los accionistas a resolver los asuntos de interés de la sociedad mercantil y que son vitales para lograr el objeto social de la misma, ya que se trata de garantizar la constitución válida de la asamblea y no entorpecer el libre desenvolvimiento y desarrollo como empresa privada al servicio de la economía del país.¹⁹

Este último criterio, busca esclarecer que el código no limite a los socios la posibilidad de establecer por vía estatutaria mecanismos para convocar distintos a los del Código de Comercio, por lo tanto, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, tienen plena libertad para escoger el medio. (Garay 2014)

¹⁸ V. art. 211 *ejusdem*

¹⁹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia No. 565 de fecha 21 de octubre de 2009. Exp. No. 08-675. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/RC.00565-221009-2009-08-675.HTML>.

No obstante, para finales del año 2016, la Sala Constitucional estableció un criterio al parecer vinculante a través del *obiter dictum* en la sentencia nro. 1.066 de fecha nueve (09) de diciembre de 2016²⁰ sobre las modalidades para convocar, siendo publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.086 de fecha 31 de enero de 2017.

Sobre este aspecto, es fundamental conocer el alcance del mismo y su justificación práctica, pues de lo contrario, se estaría generando cierta incertidumbre e inseguridad jurídica que afectaría el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y reserva legal, ya que, de ser extensible y obligatorio el mismo, se modificaría la regla establecida en la última parte del artículo 200 del Código de Comercio.

Cabe destacar que el fallo dictado es producto de una demanda de nulidad de asamblea, la cual fue declarada con lugar tanto en primera como en segunda instancia, y que fue recurrida la decisión del *ad quem* a través del ejercicio del recurso de casación.

En este orden, la Sala de Casación Civil declaró con lugar el recurso de casación y sobre dicha decisión fue solicitada la revisión de la sentencia N° RC-000228, dictada el 11 de abril de 2016.

Sobre este particular, Reverón, señala brevemente:

Mediante la sentencia N° 1.066 (...) la Sala Constitucional, señaló con carácter vinculante, que a los efectos de proteger los derechos de los accionistas de una empresa en lo que se refiere a estar informados de la celebración de las asambleas, se han de convocar a los socios cumpliendo concurrentemente lo establecido en los artículos 277 y 279 del Código de Comercio y los estatutos de la empresa. (Reverón 2017, 1)

En atención a lo expuesto anteriormente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia deja de lado las nuevas tendencias para convocar asambleas que se suscitan por la modernización del derecho societario en búsqueda de protección a los accionistas.

Lo anterior, ha generado ambigüedades en la situación práctica debido a que las bases del criterio no responden a las necesidades actuales de la regulación interna de la sociedad mercantil y subvierte el carácter vinculante de la autonomía de la voluntad de las partes característico de la regulación normativa de tales sociedades.

²⁰ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia No. 1.066 de fecha 9 de diciembre de 2016. Ponente: Magistrada Lourdes Benicia Suárez Anderson Exp. No. 16-0826.

De la misma forma, la Sala Constitucional con la decisión en referencia podría dar pie a la invasión de la reserva legal, y, por tanto, se hace necesario conocer los límites de su actuación, para evitar interpretaciones que rompan con la armonía de la ley.

Así lo ha entendido la propia Sala Constitucional, en decisión N° 2.372, de fecha veintitrés (23) de noviembre de 2001, al sostener que para realizar interpretaciones de las normas constitucionales es necesario que se atienda a los siguientes parámetros:

...como derivación del hecho que la Constitución se encuentra en la cúspide del sistema normativo, siendo ella misma la última referencia respecto a la conducta o manera de conducirse de todos los operadores jurídicos, entes y ciudadanos en general, así como de la necesidad de conjurar el denominado *horror vacui*, para así mantener la mayor certeza acerca del derecho vigente y aplicable, se sostiene con rigor metodológico que, antes de declarar una norma como contraria a la Constitución, sea ensayada y de ser posible se ponga en práctica, una interpretación de dicha norma que la haga compatible con la Carta Magna. Esta técnica, conocida como de *favor legitimitatis* tiene fundamento, desde que se reconoce la necesidad de hacer el menor número posible de modificaciones por vía judicial a la legislación, por lo que afecta a la seguridad jurídica y a la confianza legítima de los ciudadanos en la normalidad de la aplicación o cumplimiento del ordenamiento...²¹

Al respecto, al hacer referencia al principio la legalidad y de la reserva legal frente al sistema del control de la constitucionalidad de las leyes, se sostiene lo siguiente:

Sin embargo, el principio de la legalidad y la reserva legal no deben ser entendidos como un obstáculo a la labor de interpretación e integración del Derecho que los jueces están llamados a cumplir cotidianamente. El Estado de Derecho presupone la existencia de un poder judicial capaz de administrar justicia con independencia y de tutelar de manera efectiva los derechos constitucionalmente reconocidos, lo cual con frecuencia exigirá atemperar el texto de las disposiciones legales, en vista de las particularidades del caso, o reinterpretarlos a la luz de la Constitución, como también acudir a preceptos que regulen situaciones similares o a los principios generales del derecho. (Casal 2006, 191-192)

De lo anterior, se desprende que si bien es cierto que todas las leyes deben estar en armonía con la Constitución Nacional²², también es una realidad que los jueces están en la obligación de acatar la doctrina de los fallos, y en especial, a la de casación civil para darle uniformidad a la jurisprudencia.

²¹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro. 2372 de fecha 23 de noviembre de 2001. Ponente: José Manuel Delgado Ocando, Exp. N° 01-1185. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2372-231101-01-1185.htm>.

²² Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial extraordinario No. 5.908 de 19 de febrero de 2009.

3.1.- Obiter dictum y su alcance en las asambleas de socios.

En este orden, al llevarse a cabo el proceso de formación de la ley, el legislador dicta las mismas y se configuran como la fuente directa, mas será el juez quien en su aplicación las interpreta, adapta, integra y unifica, y, por tanto, será la fuente indirecta más importante en Venezuela y de consulta obligatoria. (Hernández 2004)

De otro modo, la jurisprudencia como fuente del derecho es definida como “el conjunto de fallos jurisprudenciales, es decir, las sentencias dictadas por los jueces para resolver los casos concretos que se presentan.” (Egaña 1984, 153)

En el caso venezolano, en opinión de Hernández (2004) no constituye un verdadero precedente como sucede en el sistema anglosajón (*common law*) donde se aprecian la *ratio decidendi* y el *obiter dictum* como parte de la estructura argumentativa que realizan los jueces para fijar un precedente.

A pesar de esta situación, el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil venezolano estipula la denominada doctrina vinculante, cuando señala: “Los jueces de instancia procurarán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad en la jurisprudencia”.²³

Asimismo, el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece el carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, al indicar que:

El Tribunal Supremo de Justicia (...) será el máximo y último intérprete de esta constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.²⁴

De lo anterior, queda claramente establecido el valor de la jurisprudencia como fuente indirecta de suma relevancia para los jueces venezolanos, como se indicó anteriormente, contentiva de doctrina que se supone conocida por los mismos como consecuencia del principio de notoriedad judicial.

Por otro lado, y volviendo al sistema anglosajón existe la figura del precedente judicial como fuente formal y directa del derecho que se materializa a través de la *ratio decidendi* y el *obiter dictum* como parte del sistema del *common law*, y de allí la importancia de la jurisprudencia.

²³ Congreso de la República de Venezuela. *Ley de Reforma Parcial del Código Civil de Venezuela*. Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela en No. 2.990 de fecha 26 de julio de 1982.

²⁴ V. Art. 335. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No obstante, en el caso venezolano, por ser la corriente que se acoge el *civil law*, la jurisprudencia no tiene el mismo valor que posee en el *common law*, y en efecto, esta tiene un tratamiento totalmente distinto, prevaleciendo siempre la Constitución Nacional como norma fundamental.

Lo anterior adquiere importancia por la situación práctica que se presenta en los tribunales del país, los cuales tienden a aplicar el *obiter dictum* para establecer criterios vinculantes a fin de fundar el alcance o sentido de las normas jurídicas.

A fin de entrar a realizar un análisis sobre el alcance de esta expresión en latín, que significa en español “dicho de paso” y tendrá peso o valor argumentativo en la medida que lo tenga el juez que dicta la decisión, es decir, dependerá de su jerarquía (Cucatto y Sosa 2018).

A modo de ver de los autores, se debe dejar sentado que, en el caso de Venezuela, el carácter vinculante, sin entrar a analizar la legalidad y pertinencia de los criterios, pudiera estar dado por la labor realizada por la Sala Constitucional, como máximo y último intérprete del Texto Constitucional.

El autor Rojas (2012) explica que el *obiter dictum* establece nuevas reflexiones o puntos de vista sobre la situación legal del caso. Como precedente judicial en el *civil law* o derecho continental, no adquiere fuerza vinculante, por tanto, queda como un mero argumento para justificar decisiones (Iturralde 2013).

De esta manera, en principio, el *obiter dictum* en las decisiones se justifica en el establecimiento de recomendaciones con carácter no vinculante para la solución de conflictos de intereses entre las partes.

Estos argumentos se clasifican en dos: la *ratio decidendi* y el *obiter*. El primero hace referencia a aquellos argumentos los cuales por sí solos definen y sostienen la solución del caso mientras que los segundos no son dirimientes sino complementarios del argumento para fundar el precedente. (Cucatto y Sosa, 2018: 260).

En el sistema venezolano, como prevalece el *civil law*, la jurisprudencia tiene un tratamiento como fuente del derecho, pero enmarcada siempre en el principio de legalidad y orden constitucional.

Respecto el valor como precedente del *obiter dictum* se ha considerado que su estudio estriba en dos opciones: o fija un precedente al mismo nivel que la *ratio decidendi*, o no tiene ningún tipo de valor vinculante; sin embargo, no es necesario realizar distinciones pues, los argumentos de los precedentes judiciales responden a una secuencia lógica del análisis de las normas, siendo estos elementos complementarios. (Cambridge, 2018).

Bajo el análisis de Michele Taruffo (2012), sobre el precedente judicial en el *civil law* expone:

La justicia se administra aplicando la ley, interpretando la ley en función de los hechos sobre los que las partes están en litigio (...) mientras más subimos en la escala de la abstracción, más dejamos de lado el mundo real; y en mi opinión, la justicia es una cosa del mundo concreto, es una cosa de los hechos, de los intereses reales. (Taruffo 2012, 95)

En otro sentido, la aplicación de *obiter dictum* en el sistema continental europeo se encuentra distante para determinar criterios vinculantes y no posee conexión directa con la decisión más allá de complementar los argumentos del dispositivo del juez.

En el sistema Venezolano existe la posibilidad de instaurar doctrinas vinculantes a través de la jurisprudencia, así como establecer criterios vinculantes en cuanto el contenido y alcance de las normas en virtud del artículo 335 de la Constitución de la República²⁵.

Ahora bien, si bien la tradición de *civil law* asume la existencia de una división entre actos de creación de derecho que tienen origen legislativo a través del Parlamento, y actos de aplicación de derecho, que corresponde a los jueces.” (Iturralde, 2013: 196); no es menos cierto que en Venezuela la competencia para legislar es una atribución exclusiva de la Asamblea Nacional, tal como lo señala el artículo 187 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En la aplicación del *obiter dictum* en la sentencia N° 1.066 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia destaca entre otros aspectos, lo que a continuación se transcribe:

... la alta cantidad de casos y situaciones que se presentan en relación a la cantidad de acciones de amparos y solicitudes de revisión vinculadas a las nulidades de asambleas de accionistas, en las que un solo accionista realiza convocatorias de Asambleas de Accionistas Extraordinarias (incluso sin tener facultades para convocar a dichas asambleas 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. Incluso, se han efectuado dichas 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

²⁵ V. art. 335. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

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.

De lo anterior, se infiere que los supuestos de hecho que dan origen al establecimiento del criterio mediante el *obiter dictum*, es decir, fijar atención en aquellas asambleas convocadas:

1. Por quien no tiene facultad;
2. Para efectuar cambios en la composición accionaria;
3. Para realizar aumentos de capital;
4. Para designar administradores, establecer las facultades de ciertos administradores, o crear administradores únicos excluyendo a los demás;
5. Otras actividades y decisiones que se realizan y toman en esas asambleas.

Asimismo, resalta la Sala, aquellas asambleas convocadas a través de medios impresos de poca circulación o consulta, evitando con esto, la finalidad la convocatoria, es decir, poner en conocimiento a los socios de la asamblea y que hagan valer sus derechos.

A su vez, la Sala en la sentencia bajo análisis resalta:

Lo anterior debe ir a la par de lo establecido en el Código de Comercio, en relación a la forma de convocatoria personal por correspondencia (carta certificada), convocatoria a la cual tiene derecho “todo accionista”, 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 del Código de Comercio), así como de los demás sistemas de convocatoria directos a los accionistas establecidos en el documento constitutivo que incorporan, en ocasiones que se realice a través de carta certificada, telegrama, telex, fax u otras formas de remisión de mensajes, pero estos modos de convocar no pueden funcionar sino en empresas de pocos socios, ya que su instauración en sociedades de grandes dimensiones, como las que recurren a la oferta pública sería una fuente de dificultades, ante lo cual, para una gran difusión, el anuncio puede ser por Internet en la página web de la sociedad, aunque la publicación por la prensa es de inexcusable cumplimiento.

En este sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N.º 42, del 9 de marzo de 2010 (caso: Alfredo Capriles Ponce) y en sentencia dictada el 22 de octubre de 2009, con ponencia de la Magistrada Yris Armenia Peña Espinoza, en el expediente No. 2008-000675.²⁶

En el mismo orden de ideas, la Sala Constitucional argumentando su criterio, sostiene:

De allí, que de conformidad con los artículos 277 y 279 del Código de Comercio y lo anteriormente señalado, el incumplimiento por parte de los administradores de realizar la notificación de los accionistas de conformidad con los estatutos sociales y el Código de Comercio, hace objetable la convocatoria realizada para la celebración de la asamblea de accionistas. Aquellas cláusulas estatutarias que impliquen una limitación o perjuicio de los derechos de los socios o accionistas de ser informados de la celebración de las asambleas, deben ser interpretadas en beneficio de los derechos de los accionistas, a los fines de que se les garantice una adecuada y oportuna información, de manera que los socios están obligados a cumplir las condiciones y reglas establecidas, tanto en los estatutos sociales de la empresa como en el Código de Comercio, para realizar la convocatoria de los restantes socios para la celebración de la asamblea de accionistas, para de esta manera garantizar a los socios que tengan la información necesaria para que asistan, preparen sus observaciones respecto a los asuntos que se tratarán, y ejerzan sus derechos de socios, ya que la convocatoria tiene por objeto proteger los intereses propios de los mismos.²⁷

Finalmente, la mencionada Sala, establece un criterio, dejando establecido lo siguiente:

De allí que, de 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, salvo 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.²⁸

Sobre la base expuesta, se puede inferir con meridiana claridad que a los efectos de celebrar una asamblea, la convocatoria debe realizarse tomando en cuenta, de forma concurrente, lo establecido en los artículos 277 y 279 del C.Co²⁹, y el contrato de sociedad.

²⁶ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia No. 1.066 de fecha 9 de diciembre de 2016. Ponente: Magistrada Lourdes Benicia Suárez Anderson Exp. No. 16-0826.

²⁷ V. SC/TSJ Sentencia nro. 1066 *ejusdem*.

²⁸ V. SC/TSJ Sentencia nro. 1066 *ejusdem*.

²⁹ V. art. 277 y 279 C.Co

Es decir, en principio, se debe convocar por prensa (en dos diarios de reconocida circulación nacional y de mayor consulta) y a través de carta certificada o correspondencia, por un lado; y, por el otro, lo que establezca el pacto social que es ley entre los socios.

Pero, ¿qué pasa si el mecanismo que han previsto las partes para convocar es suficientemente eficaz y certero?; más aún ¿qué pasa en aquellas ciudades donde no circulan medios impresos?; o, ¿qué tan eficaz y célere puede ser la convocatoria individual por carta certificada o correspondencia?

También, ¿qué ocurre en aquellos casos de sociedades anónimas con años de constituidas que han venido atendiendo a la forma de convocar que establece el contrato de sociedad (distinta a la ley) e ignoran esta carga adicional?; vale preguntarse, ¿acaso los registradores mercantiles atienden a estas recomendaciones de la Sala?

De la misma manera, se pregunta, ¿por qué la Sala no tomó en cuenta los medios electrónicos para convocar?; ¿Por qué cambiar abruptamente el régimen que le es permitido a los accionistas instaurar en el contrato de sociedad?

Todas estas situaciones, son apenas vestigios de lo que ocurre en la práctica y que llevan a pensar en la validez o no de una asamblea por falta de cumplimiento de un requisito formal, ahora exigido por la Sala Constitucional.

No obstante, se debe señalar que el sistema que consagran los artículos 277 y 279 es meramente supletorio, es decir, primero, se debe acudir a lo que disponga el contrato de sociedad y de forma secundaria el Código de Comercio.

Ahora, una cosa es atender a las recomendaciones hechas por la Sala en la forma de convocar para evitar violar los derechos de los socios, pero sin que tal situación pueda entenderse como un camisón de fuerza que permitiría que socios aprovechen la oportunidad e impugnen asambleas con la excusa de que no fueron suficientemente convocados.

De igual modo, se destaca que, a juicio de los autores, tal recomendación con carácter vinculante pareciera extensible a aquellas sociedades anónimas que establezcan formas de convocatorias que puedan dar pie al error o fraude en la celebración de la asamblea, pero sin que ello impida a que los mismos puedan establecer mecanismos más eficaces y modernos.

Lo que quiere decir, que es realmente necesario, ante cualquier situación, que los accionistas puedan tener conocimiento (por el medio que sea más claro y eficiente, incluyendo el electrónico) de la celebración de la asamblea, y evitar así, posibles impugnaciones por falta absoluta de conocimiento.

De la misma forma, la Sala refiere que en aquellos casos donde se convoque de forma distinta a la ley (régimen supletorio), la misma debe realizarse con el propósito de fortalecerla y no para limitar o perjudicar el derecho de los accionistas de ser informados con las garantías suficientes que le permitan conocer con antelación el día, lugar, hora y objeto a tratar en la asamblea.

De todo lo expuesto, se sostiene que el sistema de convocatoria es una facultad propia de los accionistas de acuerdo al régimen que deciden someterse, y que si bien, el mismo debe ser lo más eficaz y tecnológico mal puede la Sala Constitucional bajo la excusa de una recomendación (*obiter dictum*) atender contra el principio de reserva legal, en especial al orden de aplicación de las normas a las que decide someterse una sociedad anónima.

CONCLUSIONES.

Aún cuando el Código de Comercio no proporciona una definición de la convocatoria, la misma se concibe como un aviso o forma de notificación a los accionistas para informar sobre la celebración de una asamblea en la sociedad, que debe cumplir con ciertos requisitos esenciales para su validez y se materializa a través de una publicación en medios de comunicación.

En Venezuela, los modos de convocatoria para asambleas regulados en el Código de Comercio, llegan a carecer de eficacia práctica, más allá de la precisión de la norma, como consecuencia de los trámites conducentes para publicar por prensa o el sistema de correo.

A los efectos de la celebración de una asamblea es menester tomar en cuenta los avances tecnológicos y la inclusión de las nuevas tecnologías en las formas de convocatoria.

El contenido de la convocatoria, a los efectos de su validez comprende el nombre de la sociedad; el lugar, fecha y hora de la reunión; el orden del día o puntos a tratar; y, la expresión del órgano que formula la convocatoria.

De acuerdo al sistema venezolano, la jerarquía de las fuentes regulatorias de las sociedades mercantiles se consagra en el artículo 200 del Código de Comercio el cual establece en su último aparte: "...Las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por las disposiciones de este Código y las del Código Civil".

En el caso particular, la sociedad anónima en su documento constitutivo y estatutario prescribe una serie de disposiciones con arreglo a la voluntad de los socios que

rigen tanto los aspectos básicos de constitución, como lo referente al funcionamiento interno de las mismas, aplicándose de este modo el resto de las fuentes de forma supletoria.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 1.066 deja de lado las nuevas tendencias para convocar asambleas que se suscitan por la modernización del derecho societario y señala que se debe convocar a los socios cumpliendo concurrentemente lo establecido en los artículos 277 y 279 del Código de Comercio y de forma directa, lo que dispongan los estatutos.

Tal situación ha generado equívocos en la situación práctica de la convocatoria debido a que las bases del criterio no responden a las necesidades actuales de la regulación interna de la sociedad mercantil y subvierte el carácter vinculante de la autonomía de la voluntad de las partes característico de la regulación normativa de tales sociedades.

La recomendación de la Sala Constitucional con carácter vinculante pareciera extensible a aquellas sociedades anónimas que establezcan formas de convocatorias que puedan dar pie al error o fraude en la celebración de la asamblea, pero nada obsta a que los socios puedan establecer mecanismos más eficaces y modernos, como es por ejemplo la convocatoria por medios electrónicos.

Finalmente, se sostiene que el sistema de convocatoria es una facultad propia de los accionistas de acuerdo al régimen que deciden someterse, y que si bien, el mismo debe ser lo más eficaz y tecnológico mal puede la Sala Constitucional bajo la excusa de una recomendación (*obiter dictum*) atentar contra el principio de reserva legal, en especial al orden de aplicación de las fuentes de una sociedad anónima.

BIBLIOGRAFÍA.

- Bracho, Pedro. 2014. Fundamentos de Derecho Público. 5ta edición, Vadell hermanos editores. Caracas, Venezuela.
- Buitrago M, y Hullet L. 2014. «Formación profesional en el uso de medios electrónicos para notificar asambleas de accionistas en el derecho societario venezolano.» *Revista Evaluación e Investigación*. 169 - 179 Acceso 25 de julio de 2020. <http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/40705/articulo8.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Casal, Jesús. 2006. Constitución y Justicia Constitucional. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.
- Cambridge. 2018. «Ratio decidendi and Obiter dictum.» <https://www.cambridge.org/core/terms>. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511720840.013>
- Casillas, C. 2014. *La forma de las actas de las asambleas de sociedades*. Acceso 27 de julio de 2020. <https://derechoacorporativos.files.wordpress.com/2014/03/la-forma-de-las-actas-de-asmeeas.pdf>

- Cucatto M.; Sosa, T. 2018. «*Obiter dictum* y argumentación proyectiva en el precedente “einaudi” de la corte suprema de la nación». *Revista Cuadernos el ALFAL* 10: 259-271. Acceso 23 de julio de 2020. http://www.mundoalfal.org/sites/default/files/revista/10_cuaderno_019.pdf
- Díaz, Arturo. 2014. *Derecho Mercantil*. Iure Editores. México.
- Fernández, R. 2013. «Seguridad jurídica del voto ejercida a través de video conferencia en las asambleas de accionistas de las sociedades mercantiles». Trabajo especial de Grado para optar al título de especialista en Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello. <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAS6538.pdf>
- Garay, Juan. 2014. *Código de Comercio comentado*. Caracas, Venezuela.
- García Máynez, Eduardo. 1980. *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, México.
- Hernandez Gordils, José. 2004. *Introducción al Derecho*. 2da edición, Legis Editores. Caracas, Venezuela.
- Hung Vaillant, Francisco. 2009. *Sociedades*. 7ma edición, Editores Vadell Hermanos. Caracas, Venezuela.
- Iturralde, Victoria. 2013. «Precedente Judicial». *Revista en Cultura en la Legalidad*. N° 4, marzo – agosto 194-201. Universidad del País Vasco.
- Mármol Marquis, Hugo. 1978. *Fundamentos del Derecho Mercantil Parte General*. UCAB. Caracas, Venezuela.
- Mélich Orsini, José. 2012. *Doctrina General del Contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas. Caracas
- Morles Hernández, Alfredo. 2010. *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I y II. Editorial UCAB. Caracas, Venezuela.
- Pisani, Osvaldo. 2016. *Derecho comercial y empresario*. 3era edición, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.
- Reverón, C. 2017. «Convocatoria a las asambleas (criterio vinculante)» *Blog Boletín Legal*. Acceso 27 de julio de 2020. <http://boletinlegalve.blogspot.com/2017/01/>
- Rojas Amandi, Víctor. 2012. «La teoría del discurso de Robert Alexy» *Revista La Ética discursiva en las teorías del derecho de Habermas y Alexy*. 147-275. Acceso 27 de julio de 2020. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3088/5.pdf>
- Rothenberg, Mónica. 2019. *Autonomía de la voluntad y sociedades de capital: Libertad de configuración del estatuto societario*. 1era edición, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.
- Taruffo, Michele. 2012. «El precedente judicial en los sistemas de Civil Law». *Revista Ius Et Veritas* 45: 88-95. Acceso 16 de julio de 2020. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>
- Vásquez, María Fernanda. 2016. «Sobre la necesidad de modernizar el derecho societario chileno a partir del fortalecimiento de la autonomía de la voluntad.» *Revista Chilena de Derecho* 43 N°.2. Pontificia Universidad Católica de Chile. Acceso 16 de Julio de 2020 https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000200006
- Vivante, César. 1932. *Tratado de Derecho Mercantil*. Volumen I, Editorial Reus. Madrid, España.