

El derecho al dividendo periódico

Francisco Hung Vaillant*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 19-59

Resumen: Este ensayo tiene como objetivo establecer una línea de argumentación tendente a demostrar que en el sistema venezolano es posible sostener que las sociedades de capital cerradas deben entregar periódicamente a sus socios, en carácter de dividendos, todo o parte de las utilidades que produzcan; esto es, argumentar en el sentido de que en el derecho venezolano el socio tiene un derecho al cobro periódico de dividendos cuando la sociedad de la cual forma parte produce durante su ejercicio fiscal, utilidades líquidas y recaudadas y no tiene deudas anteriores que deban conjugarse con tales utilidades; derecho que no puede ser ignorado por la asamblea de accionistas.

Palabras clave: Dividendos, utilidades líquidas y recaudadas, derechos esenciales del socio.

The right to the periodic dividend

Abstract: *This essay intends to establish a comprehensive line of argument to demonstrate that within the Venezuelan legal system, it is imperative to recognize and uphold the principle that closed capital companies are obligated to distribute dividends to their shareholders periodically. This distribution should encompass all or a portion of the profits generated by the company. In essence, the argument asserts that Venezuelan law unequivocally grants partners the inherent right to receive regular dividends when the company, in the course of its fiscal year, generates liquid and collected profits without any outstanding debts that could impede the distribution of such earnings. This fundamental right of partners to the periodic collection of dividends is a cornerstone of corporate governance that should not be disregarded or overlooked by the shareholders' meeting.*

Keywords: *Dividends, liquid and collected profits, essential rights of the partner.*

* Abogado por la UCV 1962. Doctor en Derecho por la UCV 1964. Profesor Jubilado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas de la UCV.

El derecho al dividendo periódico

Francisco Hung Vaillant*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 19-59

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Conceptos, 1.1. El contrato de sociedad, 1.2. Los dividendos, 1.3. Utilidades líquidas y recaudadas. 2. Derechos que comporta la posición de socio. 3. Violación de derechos personalísimos del socio. 4. Argumentación en favor del derecho a recibir dividendos periódicos, 4.1. Nuestra interpretación de ciertas disposiciones legales, 4.2. El argumento de la naturaleza jurídica y origen de la sociedad, 4.3. Refutación de la posición que niega el derecho a recibir dividendos en forma periódica, 4.4. El silencio de la Ley, 4.5. El supuesto carácter “soberano” de la asamblea de accionistas. 5. La acción de nulidad de las decisiones de la asamblea en la jurisprudencia venezolana, 5.1. Evolución de nuestra jurisprudencia en torno a la acción de nulidad, 5.2. Características de la acción de nulidad, 5.3- Legitimados activos y pasivos, 5.4. Alegatos de la parte actora, 5.5. Prueba de la parte actora, 5.6. El tiempo útil para el ejercicio de la acción.* CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Nuestro Código de Comercio no contiene disposición alguna que establezca en forma expresa el derecho del socio a recibir dividendos periódicos. La citada omisión ha dado lugar a que la generalidad de nuestra doctrina mercantil se haya pronunciado por la tesis de la no existencia en nuestro derecho mercantil común, de un derecho al dividendo periódico.¹ La generalidad de la doctrina, tanto nacional como extranjera, al analizar los derechos que otorga la acción al socio; concretamente los calificados como derechos patrimoniales, habla del “derecho a la participación en las utilidades”; no obstante, cuando analizan esos derechos a la luz del contenido de la Ley mercantil aplicable, la doctrina generalmente niega la existencia de antes mencionado derecho; utilizando, la mayoría de las veces, el argumento de que el otorgamiento de dividendos corresponde a la soberanía de la asamblea. Por su parte, Morles Hernández califica la negativa de la existencia del derecho a los dividendos como la opinión prevaleciente

* Abogado por la UCV 1962. Doctor en Derecho por la UCV 1964. Profesor Jubilado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas de la UCV.

¹ Ver en este sentido: Morles Hernández, Alfredo: Curso de Derecho Mercantil. UCAB, Colección Cátedra, Caracas, 2017, Tº II p. 285. Este autor niega de plano la existencia del socio a recibir periódicamente dividendos y deja la facultad de acordarlos a la asamblea de accionistas, op. cit. P. 467.

en la doctrina venezolana.² En efecto, José Loreto Arismendi señala que: “En principio corresponde a la asamblea de accionistas decretar los dividendos...”³ Por su parte, el maestro Goldschmidt afirma que en Venezuela “...la opinión prevaleciente niega ese derecho y considera que las ganancias están a disposición de la asamblea”. No obstante, en nuestro parecer, el maestro deja abierta la puerta para aceptar que se pueda objetar la decisión de la asamblea de no distribuir dividendos cuando la misma haya sido tomada “...por razones extrasociales en perjuicio de la minoría...”, en cuyo caso la objeción correspondiente puede ser fundamentada en “...en abuso del derecho de voto de la mayoría”.⁴

En la elaboración de las páginas que siguen, se parte de la base de una investigación documental referida a varios textos legales de nuestro ordenamiento positivo los cuales consideramos aplicables a la institución y del análisis de la doctrina nacional y extranjera. Como resulta obligado, utilizaremos las necesarias referencias al Derecho Comparado.

Con el auxilio de la metodología de la investigación documental, se busca precisar si en nuestro sistema existe o no un derecho a obtener dividendos periódicos cuando una sociedad produce utilidades en un determinado período. Igualmente, trataremos de deducir los principales principios jurídicos que rigen el punto en estudio y el conjunto de normas específicas a través de las cuales se obtiene su regulación. Finalmente, se analizan los medios de los cuales puede valerse el socio cuyo derecho al dividendo le es violado. En tal contexto, se procede al análisis de las disposiciones legales específicas contenidas tanto en el Código Civil como el Código de Comercio, la Ley del Mercado de Valores y las obligadas referencias a un conjunto de sentencias emanadas del Tribunal Supremo De Justicia.

Al analizar la doctrina nacional relevante, nos parece que son pocos los autores que niegan de plano que en nuestro sistema se pueda sostener con propiedad que el socio no tiene derecho al reparto de dividendo periódicos. A nuestro modo de ver, lo que realmente afirma en forma generalizada nuestra doctrina mercantil mayoritaria, es que la entrega de dividendos periódicos al socio tiene como pre-requisito, una decisión aprobatoria por parte de la asamblea;⁵ sin embargo, consideramos que la existencia de tal pre-requisito no autoriza para hablar de la “soberanía” de la asamblea; punto que

² Obra citada, p. 285

³ Arismendi, José Loreto y Arismendi (hijo), José Loreto: Tratado de las sociedades civiles y mercantiles. Talleres tipográficos de Ediciones Ariel, Barcelona, 1964. Tercera Edición, pp. 326-327.

⁴ Goldschmidt, Roberto: Curso de Derecho Mercantil, Editorial Ediar Venezolana S.R.L. Caracas, 1979. p. 329

⁵ Ver por todos, Acedo Mendoza, Manuel y Acedo Lepervnche, Luisa Teresa: La sociedad anónima. Vadell hermanos Editores. Valencia-Caracas, mayo, 1996, Tercera edición, p. 391.

discutiremos durante el desarrollo del trabajo. Al negar la soberanía de la asamblea, negamos paralelamente que la supuesta “soberanía” pueda impedir la distribución de dividendos entre los socios cuando se dan los presupuestos legales para ello: existencia de utilidades líquidas y recaudadas; salvo que existan reales y fehacientes señales de que al distribuir las utilidades se atente, en el caso concreto, contra la salud financiera de la sociedad, o existan estipulaciones contrarias estipuladas en los estatutos sociales. Es de advertir que en la doctrina extranjera a menudo se habla de soberanía de la asamblea, pero aceptando que el ámbito de acción de la misma tenga límites tanto en la Ley como en los estatutos.

El trabajo ha sido dividido en cinco partes: Introducción, en la cual se puntualiza la forma en la cual serán utilizados en el ensayo ciertos conceptos: contrato de sociedad, dividendos y utilidades líquidas y recaudadas. En la parte II se analizan los derechos que comporta la posición de socio y se hace mención a ciertas clasificaciones de tales derechos. La parte III ha sido dedicada a los efectos que apareja la violación de los derechos esenciales (utilizamos el término individuales o particulares). En la parte IV se exponen los argumentos a favor de la tesis sostenida en el ensayo, describiendo nuestra interpretación de ciertas disposiciones legales; exposición del argumento de la naturaleza jurídica y origen de las sociedades; la refutación de la opinión que niega el derecho del socio a recibir dividendos periódicos, analizando el silencio de la Ley al respecto, el adjetivo de “soberana” con el cual es calificada la acción de deliberación de la asamblea de accionistas. Es igualmente analizada la acción de nulidad de las decisiones de la asamblea en la jurisprudencia venezolana, describiendo la evolución de tal jurisprudencia, así como las características de la acción, los alegatos que debe utilizar la parte actora, las pruebas que debe aportar al proceso dicha parte, y el término para la pérdida de la acción; finalizando con el señalamiento de ciertos problemas que con respecto al ejercicio de la acción ha planteado la doctrina. En la parte V se exponen nuestras conclusiones.

1. Conceptos

1.1. El contrato de sociedad

El art. 1649 Código Civil define el contrato de sociedad como aquel por el cual dos o más personas convienen en contribuir, cada una con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico común. La mención a un “fin económico común” está en nuestro Código Civil desde la reforma promulgada en el año 1942, ya que antes de dicha reforma se hablaba de “fin de lucro”. El cambio de terminología mencionado, ha llevado a parte de nuestra doctrina a utilizar la mención para diferenciar entre sociedades y asociaciones y afirmar que el

“fin económico común” comprende el evitar pérdidas o hacer economías en los gastos. Adicionalmente, debemos señalar que el art. 1662 Código Civil. dispone que cuando en el contrato de sociedad no se indica la parte de cada socio en los “beneficios” o en las pérdidas, ésta será una parte proporcional al aporte de cada uno al fondo social. Por lo demás, en nuestro sistema está viciada de nulidad la cláusula que acredite a uno solo de los socios la totalidad de los beneficios, y también la que exima a cualquiera de los socios de contribuir en las pérdidas, salvo que se trate de socio que solo aporta su propia industria (art. 1664 Código Civil).

Alguna doctrina establece una diferencia entre “realización de un fin económico común” y “obtención de beneficios pecuniarios para repartir entre los socios”⁶. En realidad, nosotros no vemos contradicción alguna; ya que la finalidad de obtener beneficios pecuniarios para repartir entre los socios no choca con la realización de un fin económico común. Obtener beneficios pecuniarios para repartir entre los socios está implícitamente contenido en la búsqueda de un “fin económico común”. Por otra parte, las normas jurídicas deben leerse e interpretarse desde un contexto, y el que nos ocupa está formado básicamente por el siguiente conjunto de normas: (i) El art. 1662 Código Civil se refiere a “la parte de cada socio en los beneficios; y luego trata el punto del socio que solo aporta su propia industria (arts. 1649 y 1656 Código Civil); (ii) Además, del citado art. 1662, también se refieren al beneficio de los socios los art. 1663 y 1664 *eiusdem*; (iii) Los arts. 213 ordinal 6°, 214 ordinal 7° y 304 ordinal 2° Código de Comercio. La lectura coordinada de las normas legales citadas, sugiere que los términos “beneficios económicos”, “utilidades” y “dividendos”, se refieren a un mismo concepto. En lo sucesivo utilizamos la palabra dividendos por cuanto es el término comúnmente utilizado en el lenguaje mercantil.

Por su parte, el CCo utiliza otra terminología para referirse al fin económico común. En efecto, en su art. 213, ordinal 6°, habla de “repartirse los beneficios” (sociedades en comandita por acciones). Igual mención hace en el art. 214, ordinal 7°, (sociedades de responsabilidad limitada). Finalmente, el art. 219 hace referencia a los citados arts. 213 y 214 para las sociedades anónimas. Es de hacer notar que el Código citado en su art. 266, ordinal 2°, refiriéndose a ciertas obligaciones solidarias de los administradores señala como una de ellas la de garantizar la existencia real de los dividendos pagados. Finalmente, el art. 307 *eiusdem* dispone que solo pueden pagarse “dividendos” a los accionistas cuando existen “utilidades líquidas y recaudadas”. La misma norma señala que los accionistas no están obligados a restituir los dividendos que hayan percibido en virtud de balances sociales hechos de buena fe. De todo lo an-

⁶ Así, Arismendi, citado por Morles Hernández Alfredo: Curso de Derecho Mercantil. Las Sociedades Mercantiles, Tomo II. Colección Cátedra UCAB. Caracas, 2017, p. 7.

terior deducimos que el fin que tienen en mente todos aquellos que se organizan para constituir o integrarse en una sociedad; es decir, la voluntad de quienes se asocian, es la obtención de ganancias, lo cual se traduce en el reparto de las utilidades, producidas en el cumplimiento del objeto social.

1.2. Los dividendos

La recepción de dividendos periódicos es uno de los principales incentivos que tienen los inversores para adquirir acciones en una compañía. Por otra parte, ellos son utilizados como un mecanismo de las empresas para lograr recursos financieros. El Real Academia de la lengua Española define la palabra dividendo como: cuota que, al distribuir ganancias una compañía mercantil, corresponde a cada acción. Mas claramente expresado, es aquella parte de la utilidad producida por una compañía que se distribuye entre sus socios en proporción al aporte de cada uno de ellos al capital social. Se dice que la palabra dividendo tiene su origen en el vocablo latino *dividendus*, el cual significa “cantidad a dividir”. Finalmente, como antes ha sido afirmado, los dividendos son las rentas que obtienen los dueños de acciones como contraprestación por haber invertido en la empresa y, generalmente, es el principal incentivo que tienen los inversores para comprar acciones o cuotas de una sociedad. El maestro Vivante los define como “...la utilidad líquida pagadera periódicamente sobre cada acción. El derecho a exigirlo al fin de cada ejercicio se haya sometido a dos condiciones: una suspensiva, de que el dividendo resulte del balance aprobado por la asamblea, y otra resolutoria, de que la asamblea no modifique los Estatutos suspendiendo el pago, por ejemplo, para constituir fondos de reserva”.⁷

Los dividendos dependen de la producción de utilidades repartibles que anualmente tiene una compañía o negocio. Lógicamente, la actividad de una sociedad puede producir ganancias o pérdidas; por ello, la costumbre es que se determine si hay ganancias o pérdidas durante un lapso de tiempo determinado y lo normal es que se escoja el período temporal que coincide con el comienzo y finalización del ejercicio económico de la sociedad; período que abarca regularmente doce meses. Nuestra Ley no dispone que ese sea necesariamente el lapso de tiempo para determinar si hubo o no ganancias; pero como señala Morles Hernández, doce meses es el período escogido por la Ley para muchos actos relativos a las utilidades o pérdidas de la sociedad; en efecto la LEY DE MERCADO DE VALORES dispone que a las sociedades bajo su imperio, celebra asambleas dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha del cierre del ejercicio económico anual (art. 38) y obliga a repartir dividendos a sus accionistas de las utilidades obtenidas durante su ejercicio económico (art. 63); la obligación de declarar el

⁷ Vivante, César: Tratado de Derecho Mercantil, Vol. II. Primera Edición. Editorial Reus. Madrid, 1932. p. 327.

impuesto sobre la renta está planteada anualmente (art. 1º) Ley de Impuesto Sobre la Renta. La LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS dispone que el beneficio de las “utilidades” que corresponde a los trabajadores en cada ejercicio anual (art. 131), el CCo señala en su art. 274 que la reunión de la asamblea ordinaria debe ocurrir por lo menos una vez al año. En el mismo sentido de lapsos de un año, el art. 205 de la Ley Orgánica del Poder Municipal.

Las utilidades de una empresa se determinan año a año de conformidad con las fechas escogidas como comienzo y finalización de su ejercicio económico, las cuales se establecen en el contrato de sociedad. Conforme a la mejor doctrina, cuando la actividad de la empresa produce pérdidas en uno o más ejercicios, las ganancias de los ejercicios siguientes no deben distribuirse como dividendos sino hasta que las pérdidas acumuladas se conjuguen con las ganancias obtenidas posteriormente. Nuestro derecho prevé expresamente tal supuesto solo en el caso de las sociedades sometidas al imperio de Ley de Mercado de Valores (art. 63, segundo aparte); por ello, para las sociedades no regidas por dicho texto legal, las opiniones de la doctrina no son uniformes. En nuestra opinión debe aplicarse el método de la conjugación de las pérdidas durante todos los ejercicios económicos anteriores, ya que de lo contrario se estaría afectando el capital social.⁸

1.3. Utilidades líquidas y recaudadas

El tercer concepto importante es el de “utilidades líquidas y recaudadas”, ya que el encabezamiento del art. 307 Código de Comercio dispone que solo es posible repartir dividendos sobre utilidades líquidas y recaudadas. Utilidades líquidas son aquella parte de las utilidades de una empresa, una vez que se ha deducido el monto del impuesto que corresponde pagar a la sociedad por las ganancias gravables obtenidas durante el ejercicio. Para Morles, las utilidades deben ser reales; es decir, no ficticias, deben “corresponder a incrementos efectivos del patrimonio”⁹ y dicho autor entiende por “líquidas”, aquellas cuyo monto exacto se conoce (sentido aritmético) y además, se deben haber “perfeccionado irrevocablemente los negocios jurídicos que dan lugar al incremento patrimonial registrado en el balance”¹⁰. En cuanto al vocablo “recaudadas”, el autor citado señala que las utilidades “deben haber ingresado efectivamente en la caja social”.¹¹

⁸ Ver Sánchez Calero, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*. McGraw-Hill. Madrid, 1997, pag 432. En el mismo sentido: Chuliá, Vicente: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*. Cooperativa de Artes Gráficas San José, Godella, 1981, p. 350. Galgano, Francesco: *Derecho Comercial. Sociedades*, Vol. II. Editorial Temis. Bogotá, 1999. p. 448.

⁹ Morles Hernández, Alfredo: *Obra citada*, Reimpresión de la 7ª edición, Caracas, 2017, p. 470.

¹⁰ Morles Hernández, Alfredo: *Obra citada*, p. 448 habla de “balance anual o balance ordinario”.

¹¹ *Ibidem*.

En el Diccionario de Términos Contables para Colombia, la utilidad líquida o Renta Líquida, es definida como el monto de la renta bruta, deducidos todos los gastos necesarios para obtenerla, siempre que sean los normalmente acostumbrados en la clase de actividad de que se trate, con criterio comercial y no esté limitada o prohibida su deducción. Por ello se dice que la utilidad después de impuestos es conocida como “Utilidad líquida a disposición del máximo órgano social”.¹²

La Ley especial prevé el reparto obligatorio de dividendos; y dispone al respecto, no solo la obligatoriedad de su reparto anual, sino también el porcentaje que debe ser distribuido, la frecuencia y demás condiciones en las cuales deben distribuirse. En efecto, el encabezamiento del art. 63 Ley de Mercado de Valores dispone: “Las sociedades cuyas acciones sean objeto de oferta pública, deberán repartir entre sus accionistas dividendos de las utilidades netas obtenidas en cada ejercicio económico, después de apartado el impuesto sobre la renta y deducidas las reservas legales. Un veinticinco por ciento (25%) por lo menos de dichos dividendos deberá pagarse en efectivo”.¹³

En el Derecho Comparado se citan legislaciones con normas parecidas a la que contiene la Ley de Mercado de Valores, pero aplicables a todo tipo de sociedad; así el art. 231 de la Ley General de Sociedades del Perú; el art. 75 de la Ley sobre Sociedades Anónimas de Chile; el art. 218 de la Ley de Sociedades de Capital de España, el art. 320 de la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina; la Ley de Sociedades Anónimas de Brasil; el art 105 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México y la de Portugal.^{14 15}

2. Derechos que comporta la posición de socio

Nuestro Código de Comercio no hace una enumeración completa de todos los derechos que comporta la posición de socio, sino que se limita a señalar algunos casos aislados, tales como los señalados en sus artículos 262, 273, 277, 278, 279, 282, 284, 287, 288, 290, 291, 305, 306, 307, 310, entre otros.

Por otra parte, hay que tomar en consideración de que los socios pueden establecer o eliminar derechos estipulando lo conducente en los estatutos de la sociedad.

¹² Instituto Nacional de Contadores Públicos. Colombia. Ver: <https://incp.org.co/como-se-define-el-concepto-de-utilidad-liquida/>

¹³ Ver G.O. N° 6.211 Extraordinario del 30 de diciembre de 2015.

¹⁴ Ver Ossio Gargurevich, Jorge: “El dividendo obligatorio regulado por el art. 231 de la Ley General de Sociedades”. Editorial THEMIS-Revista de Derecho. <https://revistas.pucp.edu.pe/view>. Ver también el comentario sobre un proyecto de reforma de la Ley N° 16.060 española. <https://www.pdelc.com.uy/espa%o%l/dividendo-m%u00ednimo-obligatorio-y-derecho-de-receso-7?nidz338>

¹⁵ Morles Hernández. A: Obra citada, p. 468.

La generalidad de la doctrina clasifica los derechos que confiere la posición de socio, en derechos políticos o de carácter político y derechos patrimoniales.

Por cuanto hay derechos del accionista calificados como de contenido administrativo, sobre algunos de los cuales la asamblea tiene el poder de decidir y que, paralelamente, también hay derechos administrativos y económicos sobre los cuales la asamblea no tiene soberanía, hemos preferido utilizar los términos derechos particulares o personalísimos del socio para hacer referencia a aquellos derechos que no pueden ser desconocidos ni transgredidos por la asamblea y, en el caso de que sean objeto de tal vulneración, la asamblea estaría traspasando sus límites de competencia y se produce el supuesto de hecho previsto en el art. 290 Código de Comercio, o lo que es más grave, la decisión de la asamblea puede ser anulada por el órgano jurisdiccional competente conforme a una acción judicial que ha reconocido el Tribunal Supremo De Justicia y a la cual nos referiremos más adelante. Es de señalar que ya en 1932 el maestro Vivante calificaba el derecho del socio a la participación en las utilidades como un derecho individual y lo consideraba como uno de aquellos derechos que no pueden ser modificados ni suprimidos por los órganos sociales.¹⁶

Por nuestra parte, tenemos serias dudas acerca del carácter de “soberana” con el cual una parte de nuestra doctrina califica a la asamblea. En efecto, como hemos mencionado anteriormente, las decisiones de la asamblea tienen su límite en lo previsto en la Ley y los estatutos; sobre todo, en lo previsto en estos últimos, en los cuales los socios pueden insertar muchas normas con la finalidad de regular la sociedad que están organizando, dado que la gran mayoría de las disposiciones legales en esta materia tienen carácter supletorio para los casos de silencio de los socios.

Pensamos, con la mayoría de nuestra doctrina, que la exigencia de la entrega de dividendos como derecho cuyo cumplimiento es exigible por el socio a la sociedad, existe una vez acordada por la asamblea la distribución de dividendos; esto es, que el derecho de crédito del socio contra la sociedad nace después que la asamblea adopta la resolución de distribuir utilidades; pero paralelamente, sostenemos que existiendo utilidades líquidas y recaudadas en un determinado ejercicio, sin que haya necesidad de enjugar pérdidas de ejercicios anteriores, la asamblea está en la obligación de ordenar la distribución de dividendos; obligación que solo puede ser omitida si hay razones de índole financiera, reales y comprobables, que aconsejaren la no distribución de dividendos. En otras palabras, si aplicando los principios de conservación de la empresa a la sociedad de que se trate, queda ésta en peligro económico o financiero, existe razón suficiente para que la asamblea niegue o disminuya el monto a distribuir. En conclu-

¹⁶ Vivante, César: Obra citada p. 230.

sión, somos de la opinión que dados los supuestos de hecho previstos tanto en la Ley como en los estatutos para la distribución de dividendos, si la asamblea calla al respecto o los niega sin argumentos de peso y comprobables, los socios pueden acudir al órgano judicial y demandar la entrega de los dividendos que les correspondan.

Entre los pocos autores que hemos encontrado que consideran que el término derechos individuales a aquellos derechos que no pueden ser derogados por los Administradores ni por la asamblea, se encuentra el maestro Vivante, quien al respecto expresa: “En defensa de los propios derechos individuales, es decir, los derechos que no pueden ser suprimidos ni modificados por los órganos sociales (num. 494), el accionista tiene una acción judicial, tanto para ser reintegrado en su función, como para pedir indemnización cuando la reintegración no sea ya posible”.¹⁷ No obstante, reputada doctrina española, a pesar de calificar el derecho al dividendo y el derecho a la cuota de liquidación como “derechos mínimos fundamentales”¹⁸, acepta que “...La Junta General no puede privar a los accionistas del derecho corporativo abstracto a participar en los beneficios (derecho individual reconocido por la Ley), es perfectamente posible y lícito que aquella acuerde por mayoría que no se repartan en forma de dividendos a los accionistas los beneficios obtenidos en un ejercicio social determinado, sino que se incorporen a reservas, fondos de previsión futura o se detuvieren a otros fines”.¹⁹ Vale la pena aclarar en este lugar que generalmente cuando la doctrina califica el derecho del socio al reparto de dividendos periódicos como un derecho “abstracto”, se refiere a que dicho derecho “depende de la existencia de beneficios y de que se den determinadas circunstancias económicas, entre las que se encuentran la existencia de un cierto grado de liquidez dentro del patrimonio social, que no impidan su reparto”.²⁰ Paralela a la anterior clasificación de los derechos que comporta la oposición del socio, existe otra que consideramos más útil: derechos particulares, individuales o esenciales y derechos no esenciales.

Entre las principales derechos políticos o administrativos y los derechos patrimoniales o económicos, podemos señalar:

- i. Derechos administrativos o derechos a intervenir en la administración:
 - a. El derecho al voto.

¹⁷ Vivante, César: Obra citada. p. 230

¹⁸ Broseta Pont, Manuel: Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos, Madrid 1974, Segunda Edición.)

¹⁹ Broseta Pont, Manuel: Obra citada, p.220. Esta opinión fue sostenida mucho antes de la sentencia del TSE del 2023 que creó jurisprudencia en sentido contrario.

²⁰ Sánchez Calero, Fernando: Instrucciones de Derecho Mercantil. Mc Grow-Hill. Madrid, 1997. Vigésima edición, p. 306. En sentido parecido Galán López, Carmen, quien lo califica como “principio programático”: “Sociedades de capital (III): acciones y participaciones” en Derecho de Sociedades. Atelier. Libros jurídicos. Barcelona, 2022. 4ta edición p. 176.

- b. El derecho a asistir a las asambleas. Este derecho está considerado por el art. 272 Código de Comercio como un “deber” y, en nuestro criterio, implica: el derecho a ser convocado oportunamente (arts. 277 y 279 Código de Comercio); el derecho de solicitar a los administradores la convocatoria de la asamblea cuando un número de socios que represente al menos un quinto del capital social (art. 278 Código de Comercio), lo solicite; el derecho a diferir la celebración de la asamblea cuando un número de socios que represente la tercera parte de los que concurran a la reunión o un número de socios que represente la mitad del capital social representado en la reunión se declaren no suficientemente informado sobre puntos del Orden del Día. (art. 288 Código de Comercio).
 - c. El derecho de examinar, en el establecimiento social, el Inventario y la lista de accionistas (art. 284 Código de Comercio).
 - d. El derecho de hacer oposición ante el juez de la jurisdicción mercantil del domicilio de la sociedad, en aquellos casos en los cuales la asamblea adopta decisiones “manifiestamente contrarias a los estatutos o la ley” (art. 290 Código de Comercio).
 - e. El derecho a denunciar las irregularidades graves en el cumplimiento de sus deberes por los administradores y la falta de vigilancia de los Comisarios (art. 291 Código de Comercio).
 - f. El derecho a revisar el balance anual y el correspondiente Informe del Comisario (art. 306 Código de Comercio).
- ii. Derechos económicos:
- a. El derecho de receso en los casos en los cuales el socio no está de acuerdo con el reintegro o el aumento del capital social o con el cambio del objeto social (art. 282 Código de Comercio).
 - b. El derecho a recibir dividendos periódicos (sin norma legal expresa).
 - c. El derecho a la cuota de liquidación (ord. 4º art. 350 Código de Comercio)

Como mencionamos anteriormente que hay ciertos derechos del socio que no pueden ser conculcados ni siquiera por decisión de la asamblea; derechos que hemos calificado de personalísimos, particulares o esenciales. Por cuanto a partir de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo De Justicia dictada el 20 de junio de 2006, en la cual dicha Sala Constitucional “interpretó” los arts. 261, 284, 287, 290,

291, 305, 306, 310 y 311 Código de Comercio,²¹ estimamos que deben ser considerados como derechos inderogables de los socios, los siguientes: a) El derecho de revisión de los Libros de accionistas y de actas de asambleas (art. 216 Código de Comercio) b) El derecho de revisión del Inventario de la sociedad y de la lista de accionistas (art. 216 Código de Comercio) c) El derecho a ejercer ante el juez mercantil del domicilio de la sociedad, su recurso contra las decisiones de la asamblea “manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley” (art. 290 Código de Comercio). d) El derecho de acceder al balance anual de la compañía, y el correspondiente Informe del comisario, al menos con 15 días de anticipación a la reunión de la asamblea que habrá de considerar dichos documentos (art. 306 Código de Comercio) e) El derecho de ejercer acción contra los administradores por hechos de los cuales sean responsables y de denuncia a los comisarios los hechos de los administradores que consideren censurables. En este segundo supuesto, los comisarios están obligados a hacer constar la denuncia en su informe a la asamblea, (art. 310 Código de Comercio). f) El derecho a la cuota de liquidación (ordinal 4º art. 350 Código de Comercio). h) aquellos derechos que los socios hayan estipulado en los estatutos sociales para la totalidad de los socios o para un grupo de ellos, tales como: dividendos preferentes, acumulativos o no, derecho a elegir cierto número de miembros de la Junta Directiva, Comisarios o Auditores externos y otros funcionarios. Consideramos que todos los derechos antes señalados no deben ni pueden ser violados por la asamblea, y para eliminarlos de los estatutos requieren la conformidad de aquellos a quienes le fueron acordados.

La imposibilidad de eliminar por decisión de la mayoría en la asamblea y sin contar con el asentimiento de los afectados, los derechos que son considerados como esenciales, deriva precisamente que los mismos tienen su fuente en el pacto contractual celebrado cuando se constituyó la sociedad o en un momento posterior si los socios acordaron introducir los derechos en los estatutos sociales mediante una reforma de éstos. En tal contexto, las estipulaciones que forman parte de los estatutos sociales, desde el inicio o en un momento posterior, son estipulaciones contractuales amparadas por las previsiones contenidas en los artículos 1159 y 1160 CC y tratar de eliminar derechos de una de las partes sin contar con la anuencia de ella viola el principio de la intangibilidad del contrato.

²¹ Para un análisis de ese fallo ver: Romero - Muci, Humberto: “El derecho de información del accionista: Análisis de la sentencia de la Sala Constitucional N° 1420 de fecha 20 de julio de 2006. Caso: Milagros de Armas vs. Organización Bloque de Armas. Revista Venezolana de Derecho Mercantil. Primera Edición Especial. Diciembre – 2021.

3. Violación de derechos personalísimos del socio

De conformidad con la previsión contenida en el art. 1133 CC, cuando dos o más personas celebran un contrato es para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico; ese acuerdo, entre otros efectos, tiene el de crear obligaciones entre los contratantes; obligaciones cuyo contenido y extensión depende del tipo contractual elegido al perfeccionar la convención. En el contrato de sociedad las partes se obligan a poner la propiedad o el uso de cosas, o su propia industria, para con ello perseguir la realización de un fin económico común; fin que no es otro que el producir ganancias o utilidades; los cuales, conforme se puede deducir de los arts. 1662, 1663, 1664 CC y los arts. 213, 214 y 219 Código de Comercio, están destinadas a ser distribuidas entre los socios en la proporción por ellos acordada y en su defecto, por las disposiciones de la Ley. En resumen, vale decir que en el contrato de sociedad cada uno de los socios se obliga a distribuir entre todos, las utilidades o beneficios que produzca la actividad de la sociedad; ese es el fin del contrato y la contraprestación que reciben los socios por el cumplimiento de su obligación correlativa de hacer el aporte prometido. Argumentar en sentido negativo al derecho enunciado carece de toda lógica ya que resultaría absurdo sostener que las ganancias o utilidades producidas por el cumplimiento del objeto social no están destinadas a ser distribuidas entre los socios, sino a permanecer indefinidamente o por largo tiempo en la caja de la sociedad. Creemos que todo o parte de las ganancias pueden no ser distribuidos cuando en un determinado momento, condiciones económicas o financieras así lo aconsejen; es decir, cuando distribuir todo o parte de las utilidades pueda causar daños económicos o financieros a la sociedad. Lo antes expuesto nos permite afirmar que el derecho al dividendo debe ser considerado como un derecho personalísimo o particular del socio, y que su desconocimiento o violación por parte de la asamblea, otorga al socio el derecho de accionar para su restablecimiento. Por cuanto el tema es precisamente el punto central de este ensayo, más adelante expondremos los argumentos de los cuales inferimos que el derecho del socio a recibir dividendos periódicos es uno de los derechos inderogables de los cuales goza.

4. Argumentación en favor del derecho a recibir dividendos periódicos

Hemos adelantado que la generalidad de nuestra doctrina no reconoce el derecho del socio a recibir periódicamente dividendos. En forma similar a lo que ocurre en nuestro país, gran parte de la doctrina tradicional española reconocía el derecho del socio al dividendo como uno de los principales derechos conferidos por la acción; sin embargo, lo consideraba un derecho “abstracto” o “relativo”, el cual dependía para su materialización de la existencia concurrente de un conjunto de factores: que la sociedad produjere beneficios, que existieren determinadas circunstancias económicas o

liquidez y, sobre todo, que la Junta General adoptase la decisión de acordar el pago de dividendos; momento éste en el cual nacía en los socios un derecho de crédito en contra de la sociedad. La mayoría de la doctrina consideraba lícito que la Junta General no acordase el pago de dividendos y llevase la utilidad a reservas.²² Después de la sentencia del Tribunal Supremo Español de 11 de enero de 2023 y las que le precedieron, se comienza en España a sostener el derecho a recibir de dividendos periódicos.

Al analizar las diversas opiniones de nuestra doctrina, encontramos que para negar dicho derecho no son expuestos argumentos que parezcan determinantes. Generalmente se parte de un argumento que denominaremos “formal” y el cual consiste en la afirmación, por demás cierta (salvo el caso de las sociedades sometidas al imperio de la Ley de Mercado de Valores), que nuestro ordenamiento jurídico no contiene norma expresa que establezca el derecho del socio a recibir dividendos periódicos. El segundo argumento, también formal, consiste en la afirmación de la “soberanía” de la asamblea y su sujeción al principio democrático de la mayoría. Desde este punto de vista se afirma que si la mayoría necesaria para adoptar acuerdos válidos en la asamblea no decide el decreto de dividendos, el socio no puede reclamar su entrega aun cuando existan “utilidades liquidas y recaudadas”. La otra línea de argumentación es de carácter económico o financiero: la sociedad puede necesitar todo o parte de las utilidades del ejercicio para invertirlos en su propio negocio.

Consideramos que el argumento del silencio de la Ley no es suficiente para negar el derecho del socio a los dividendos periódicos; en efecto, en este caso se trata solo de silencio de la Ley, y no de una prohibición expresa o implícita, y creemos que en los casos de silencio legal admiten la posición afirmativa (no necesariamente la negativa); ambas posiciones encontradas son de posible argumentación ante el solo silencio de la Ley. Igualmente, consideramos no suficiente el argumento económico o financiero. Es cierto que el principio de sanidad y conservación de la empresa exige que se haga todo lo posible por su estabilidad financiera para que ella logre cumplir con su objeto social y produzca ganancias o utilidades; sin embargo, los argumentos económicos o financieros utilizados para negar el reparto de dividendos periódicos, deben ser ciertos, graves y comprobables; de lo contrario, la negativa injustificada se convierte en un abuso de derecho por parte de la mayoría, lo cual no es admisible. Es indispensable que en la asamblea correspondiente se especifiquen claramente y con razones debidamente fundadas y comprobadas, que todo o parte de las utilidades producidas por la empresa le son necesarias a la sociedad para continuar de manera financieramente segura con el cumplimiento de su objeto social. En este punto vale la pena hacer notar que la Ley de Mercado de Valores, la cual tiene una finalidad eminentemente protectora de los

²² Ver: Sánchez Calero, Fernando; Instrucciones; Broseta Pont, Manuel; Uría, Derecho Mercantil; Garrigues, Curso

accionistas, de las sociedades sometidas a su imperio y, por supuesto, de la integridad de tales sociedades, (dicho texto tiene explícitamente ese carácter tutelar), reconoce el derecho del socio a recibir dividendos periódicos en las sociedades por ella regidas y fija el porcentaje de utilidades que debe ser distribuido y la forma de su distribución.

4.1. Nuestra interpretación de ciertas disposiciones legales

Es cierto que ni en nuestro Código Civil, ni en el Código de Comercio, existe una norma del tenor de art. 63 Ley de Mercado de Valores, la cual claramente establezca un derecho del socio al cobro de dividendos periódico; sin embargo, consideramos que de la lectura concatenada de varias disposiciones legales es posible obtener las bases para establecer el derecho del socio al dividendo periódico. Nótese además que la opinión negativa a la existencia del derecho al dividendo se fundamenta en el silencio de la Ley y no en una prohibición de la Ley. En contra de la opinión generalizada podemos citar los arts. 1662, 1663 y 1664 del Código Civil, los cuales establecen: que en caso de que nada diga el documento constitutivo acerca de la parte que corresponde cada socio en los beneficios o en las pérdidas, éstas se distribuirán proporcionalmente al aporte de cada uno al fondo social (art. 1662, encabezamiento); por su parte, el art. 1663 *eiusdem* permite que los socios confíen a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas y establece la causal de impugnación de la designación (art. 1664 del mismo Código). Finalmente, el art. 1664 CC establece la nulidad de la cláusula del documento constitutivo de la sociedad que acuerde a uno solo de los socios la totalidad de los beneficios o lo exima de toda pérdida. Desde el punto de vista del contenido del Código de Comercio, podemos señalar los art. 213, ordinal 6° y 214, ordinal 7°. El primero de los dispositivos técnicos citados, dispone (para las sociedades en comandita por acciones) que el documento constitutivo y los estatutos deben señalar las reglas con sujeción a las cuales deben formarse los balances, calcularse y repartirse los beneficios. El segundo dispositivo técnico citado hace igual regulación para el documento constitutivo de las sociedades de responsabilidad limitada. Finalmente, el art. 219 del mismo Código dispone que si en la formación de la compañía no se cumplieren oportunamente las formalidades que ordenan los arts. 211, 212, 213, 214 y 215, según sea el caso, y mientras no se cumplan, la compañía no se tendrá por legalmente constituida. El citado art. 219 hace pues, una mención implícita a dejar constancia en el documento constitutivo y estatutos de las sociedades anónimas, las reglas conforme a las cuales deben calcularse y repartirse a los beneficios. Por lo antes expuesto entendemos que los dispositivos técnicos del Código Civil y del Código de Comercio mencionados en este apartado, presuponen que tanto en las sociedades civiles, como en las sociedades mercantiles, existe implícito el derecho del socio a recibir periódicamente beneficios. Dicho de otro modo, la voluntad de las personas que se asocian se orienta en el sentido de que el ente que están creando, produzca ganancias y que las mismas sean distribui-

das entre los socios. No tiene ningún sentido llegar a la conclusión de que las utilidades producidas por el cumplimiento del objeto social queden permanentemente o por un largo periodo de tiempo, como fondo social. Esta afirmación aparece mayormente marcada en el caso de las sociedades mercantiles porque en éstas es imposible negar el carácter lucrativo que conlleva su constitución. En resumen, las disposiciones legales arriba citadas parten, a nuestro modo de ver, de un principio general que reconoce en las sociedades el objetivo de producir beneficios para ser distribuidos entre los socios.

El argumento antes expuesto luce más a favor de la existencia del derecho al reparto periódico de dividendo que el solo silencio de la Ley como argumento de la no existencia de dicho derecho; sobre todo si tomamos en consideración que en el derecho venezolano existe una disposición en una Ley especial (Art. 63 Ley de Mercado de Valores), que establece dicho derecho para las sociedades que están bajo su imperio. Es cierto que esta última es una Ley especial; no obstante, es un texto legal cuya finalidad es la protección de la empresa y de sus socios y como tal se debería calificar como un argumento a favor de la existencia del derecho al dividendo.

Es interesante destacar en este lugar la existencia de jurisprudencia española reciente. En efecto, con un intervalo de 18 años, el Tribunal Supremo español ha ratificado la posibilidad de anular acuerdos de la Junta General condenando a la sociedad al pago de dividendos obligatorios. Esa decisión ha llevado a la doctrina española a afirmar que "...ya existe una doctrina jurisprudencial conforme a la cual, junto con la petición de anulación del acuerdo social de aplicación del resultado, cabe articular una solicitud adicional para que se condene a la sociedad a un determinado reparto entre los socios. Como ha observado Juan de la Fuente, "...se anulan los acuerdos sociales, normalmente debido a que la Sociedad está muy saneada económicamente... (omissis)... a que no existe acreditación de una necesidad futura de las reservas, y/o a que existe una retribución a los socios mayoritarios por sus puestos de administración y ello contrasta con la situación de los socios minoritarios".²³

En la sentencia antes mencionada, se trataba de una sociedad de responsabilidad limitada en la cual el capital social estaba distribuido 51% y 49%. La Junta General decidió aplicar el resultado (ganancias de 2014 y 2015) a "reservas voluntarias". El socio minoritario impugnó el acuerdo y el tribunal ordenó que los resultados de ambos ejercicios, fueran íntegramente repartidos entre ambos socios en proporción a su par-

²³ De la Fuente, Juan: "El Tribunal Supremo sienta doctrina sobre el reparto forzoso del dividendo, 18 años después". En el trabajo el autor cita jurisprudencia española concurrente. *Economist Jurist*, 8 de febrero de 2023. También puede verse: *Amicus Curiae*. El Blog de Isaac Ibañez García. <https://isaacibanez.es/segum-el-ts-el-juez-no-suplanta-la-voluntad-de-los-socios-se-ordena-repartir-el-75-del-resultado>. En *dividendos/*. Igualmente: <https://www.osborneclarke.com/es/insights/el-reparto-forzoso-de-dividendos-la-luz-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-92023-de-11>.

ticipación en el capital social. El argumento principal se basó en que dichos acuerdos habían sido adoptados con abuso de la mayoría. En el mencionado caso el Juzgado en lo Mercantil desestimó la impugnación, mientras que la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, condenando al reparto obligatorio de al menos el 75% de los resultados de los ejercicios 2014 y 2015. Para la fecha de la mencionada decisión no estaba vigente el art. 348.bis de la Ley de Sociedades de Capital. Luego el caso llegó al Tribunal Supremo Español y éste en su decisión manifestó ser de la opinión de que los tribunales tienen el poder de ordenar directamente la cifra de dividendos que debe ser distribuida en todos aquellos casos en que se declare con lugar la impugnación de los acuerdos de no distribución de beneficios. En la sentencia del 11 de enero de 2023, el Tribunal Supremo Español expone los tres requisitos que deben concurrir para que el abuso de la mayoría deba ser declarado: (i) que el acuerdo no responda a una necesidad razonable de la sociedad, (ii) que se haya adoptado por la mayoría en interés propio; y (iii) que ocasione un perjuicio injustificado a los demás socios. Es de hacer notar que la jurisprudencia francesa también ha considerado que la sistemática retención de utilidades puede constituir un supuesto de abuso de la mayoría.²⁴ Debemos señalar en este lugar que destacados autores españoles hicieron críticas a la sentencia de Tribunal Supremo Español de fecha 11 de enero de 2023. En algunos casos se critica que "...el fallo abre la posibilidad de que los tribunales ordenen directamente la cifra del dividendo a ser repartido; es decir se critica permitir un margen de discrecionalidad del juzgador a la hora de fijar el porcentaje de reparto, sobre la base de que la estimación de la impugnación del acuerdo de destinar los beneficios a reservas voluntarias conlleva que se entendería aprobada la otra alternativa legal, el reparto de dividendos y la necesidad de evitar la persistencia en el abuso".²⁵

4.2. El argumento de la naturaleza jurídica y origen de la sociedad

Conforme expresa el art. 1649 CC, la sociedad es un contrato; esto es, una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico (art. 1133 *eiusdem*). En la sociedad, las partes que con su voluntad convergente se unen para constituir la, acuerdan crear entre ellas un vínculo jurídico. Cada parte se obliga a contribuir con la propiedad o el uso de cosas para lograr un fin económico común. En otras palabras, el objeto de la obligación de cada socio es obtener un fin económico, lo cual se traduce en que el ente creado produzca beneficios económicos. Lógicamente, el deseo de cada socio consiste en que las utilidades producidas le sean distribuidas en la cuantía que se establezca en el documento

²⁴ Ibidem.

²⁵ De la Fuente, Juan.: Obra citada

constitutivo del ente y la cual, generalmente es proporcional al aporte de cada uno a la formación del capital social, o en su defecto, en la proporción establecida en la Ley. En otras palabras, estimamos que debe ser considerado de la esencia misma del contrato de sociedad, la producción de utilidades y su distribución periódica entre los socios.

Al partir de la base de que el origen de la sociedad es un contrato, (contrato plurilateral en la concepción de Ascarelli), resulta obligado aplicar a la figura todas las consecuencias que de ello se derivan conforme a las disposiciones legales vigentes. Como afirma Melich Orsini: “Todo contrato, cualquiera que sea, debe ser estudiado desde el punto de vista *funcional* (contenido y finalidad)... (omissis)... Al contemplarlo desde el primer punto de vista se nos hará evidente que el contrato tiene una función instrumental: él sirve para realizar *una finalidad de la vida económica*”.²⁶ En el contrato de sociedad esa finalidad no es otra que la de producir beneficios o utilidades para ser repartidas periódicamente entre los socios con carácter de dividendos. La primera disposición que interesa destacar es el art. 1159 Código Civil: los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes; lo pactado obliga; toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado. De conformidad con el principio señalado, considerado como una de las bases fundacionales de la confianza que la sociedad deposita en sí misma, es posible utilizarlo para aclarar lagunas de la Ley o contraponerse a lo estipulado por la norma, siempre y cuando no sean términos irrenunciables. Por ello, como criterio de interpretación, la voluntad o intención de las partes contratantes debe ser valorada y respetada en todo aquello que no contravenga las Leyes. Tal conclusión se desprende del citado principio contenido en el art. 1159 Código Civil que califica al contrato como Ley entre las partes. Nuestra mejor doctrina civilista opina de la norma antes citada: “En otros términos: las partes contratantes determinan libremente y sin intervención 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...”²⁷ Otra norma del Código Civil, esta vez el art. 1160, prescribe la aplicación del principio de la buena fe como mecánica que ayuda a la interpretación del contrato. La misma norma establece que la relación contractual obliga a las partes no solo a cumplir lo expresado en el contrato, sino además a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley. Como afirma el maestro Melich Orsini: “En la interpretación del contrato se parte por el contrario de la concreta o efectiva común intención de las partes, pues se indaga por un precepto dirigido precisamente a resolver conforme a lo que debieron haber pensado y querido los singulares contratantes del

²⁶ MELICH-ORSINI, José: Doctrina general del contrato. 4ta edición corregida y ampliada. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios 61. Caracas, 2006. p. 14.

²⁷ MELICH-ORSINI, José: Obra citada, p. 20.

caso...”²⁸ En el caso que nos ocupa, nos parece evidente por la expresión usada en el texto del art. 1649 Código Civil (fin económico común), que las partes que intervienen en el contrato de sociedad tienen en mente, al poner la propiedad o el uso de una cosa para formar el capital social, recibir como contrapartida la distribución de dividendos periódicos. El “fin económico común” no puede haber sido otro que el de que la empresa produjere ganancias o utilidades y que éstas fueren distribuidas periódicamente entre ellas a título de dividendos; situación que resulta más que obvia en el caso de sociedades mercantiles ya que la actividad mercantil está signada por el fin de lucro. En el caso bajo análisis no se trata de una integración del contrato, ya que no se está completando el contenido del acuerdo de voluntades con agregados que provienen de una voluntad extraña a las propias partes. En efecto, a la luz de la definición del contrato de sociedad prevista en el citado art. 1649, resulta claro que las partes han tenido en mente, al celebrar el contrato, la producción de beneficios económicos, ganancias o utilidades, para repartirlas entre ellas en la proporción prevista en el contrato, y en su defecto en la Ley. Debemos hacer notar que desde el punto de vista histórico, la sociedad fue inventada como un mecanismo para producir utilidades y que el destino de dichas utilidades era, precisamente, ser distribuidas entre los socios. En efecto, desde su invención, la forma de la sociedad mercantil estuvo inspirada en la finalidad de lucro; más concretamente, la forma social, en particular la figura de la sociedad anónima, fue concebida y creada para permitir que muchas personas constituyeran un fondo (capital social) destinado a posibilitar que el fondo constituido cumpliera su finalidad; esto es, la producción de ganancias o utilidades. Dicha producción no era un fin en sí mismo, sino que las utilidades producidas por el feliz cumplimiento del objeto social fuere distribuida o repartida entre los inversores; esto es, entre todas aquellas personas que se convirtieron en socios mediante el aporte, generalmente de capitales, para la consecución de objeto social. Se atribuyen diversas fuentes para los distintos tipos de sociedad moderna: sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita y sociedad anónima, además, con relación a cada una de las fuentes existen diversidad de opiniones. A continuación, resumiremos las principales posiciones.

La doctrina es conteste en señalar a la sociedad en nombre colectivo como la más antigua de las formas sociales y su nacimiento es ubicado en la Italia de la Edad Media. Parece lógico partir de lo que era la forma de trabajo en la época: la economía se basaba en los trabajos de manufactura de los bienes que la familia producía para su consumo y para intercambiar el excedente por otros que les eran necesarios y no producía. En principio, el grupo de trabajo familiar era dirigido por el padre de familia y éste se valía del trabajo de extraños que hacían gran parte o toda vida en común con la familia. Muerto

²⁸ Obra citada, p. 405.

el *pater familiae*, el grupo generalmente seguía trabajando unido como una sola entidad y formando la sociedad medioeval adaptada a las necesidades de comercio de la época.

El germen de las actuales sociedades en comandita es fijado en el medioevo y su denominación expresa la analogía que hay entre el tipo social y una antigua operación de crédito que forma parte del comercio marítimo; operación que se reflejaba en el contrato de *commenda*: un negocio conforme al cual un capitalista denominado *commendator* entregaba una cantidad de dinero a un empresario denominado *tractator* que organizaba y realizaba un expedición comercial de cuyas utilidades, en caso de éxito, participaba el *commendator*. Sus primeras formas están vinculadas con la riqueza mobiliaria detentada por la aristocracia y el clero, clases a las cuales estaba prohibido o para las cuales resultaba deshonoroso, el ejercicio del comercio; en resumen, el contrato permitía la utilización de dicha riqueza, por parte de los mercaderes en actividades creadoras de nueva riqueza (Galgano). En esta operación la participación entre el capitalista y el comerciante podía organizarse en dos formas distintas y en una de ellas, la sociedad en comandita (sociedad secreta) se deja oculto el nombre del capitalista.

El proceso de formación de la sociedad anónima es fijado en Italia en la Edad Media, en estructuras para regular ciertas relaciones entre la ciudad y los ciudadanos para el pago de la deuda pública. La distribución uniforme y anónima de las deudas del Estado originó una organización autónoma que desarrollaba en su propio provecho negocios de diversa naturaleza; son ejemplos de ello el Banco si San Giorgio en Génova y el *Monte dei Paschi* en Siena. Paralelo al monte, *maese* o *compere*, se desarrollan las *maone*, en las cuales algunos autores ven el origen de las sociedades coloniales de los siglos XVII y XVIII que fueron utilizadas para obtener ganancias provenientes de la explotación de los territorios descubiertos y colonizados por diferentes imperios. Las *maones* están integradas por un grupo de personas que contribuyen con aportaciones para los gastos de una expedición naval para conquistar una colonia y que obtiene del Estado el monopolio del comercio con la tierra conquistada.

En Alemania, la propiedad de las minas era explotada a través de una corporación que se dividía en cierto número de cuotas negociables. Algo parecido existía en Francia para la explotación de los molinos. Las partes en las cuales se dividía el valor del bien eran transferibles. En los puertos europeos del Mar del Norte y del Atlántico fueron organizadas las asociaciones de armadores para ejecutar grandes empresas; dichas asociaciones son citadas como el antecedente inmediato de las grandes sociedades coloniales como la Compañía Holandesa. Gran parte de la doctrina considera que el antecedente inmediato de la sociedad anónima se encuentra en Holanda al iniciarse el siglo XVII (después del descubrimiento de América), cuando se abren nuevas rutas comerciales para cuya explotación eran necesarios grandes capitales, lo cual llevó a la fundación de la Compañía Inglesa de las Indias Orientales, la Compañía Holandesa de

las Indias Occidentales, la Compañía Francesa de las Indias Orientales y Occidentales, la Compañía Guipuzcoana y la Real Compañía de Filipinas para el comercio con las Indias Orientales. Como se deduce de todo lo anterior, las actuales sociedades mercantiles tienen desde su origen una función de crear riqueza, crear ganancias y distribuir dichas ganancias entre sus socios. Algunos autores españoles se concentran en antecedentes más cercanos en relación al surgimiento de grupos sociales más vinculados al actual. En este orden de ideas, Vicente Chuliá es de opinión de que la actual sociedad en comandita "...se entrona con los supuestos de continuación sin contrato expreso del comercio del padre por sus hijos (*fraterna compagnia*)", la que luego se amplía al grupo con intervención de extraños a la familia, "...pero con un espíritu de confianza recíproca (*ad unum parem et vinum*). Las relaciones que engendran recuerdan las sociedades fuertemente comunitarias como la *societas omnium bonorum* del Derecho Romano, que tuvieron un origen similar y las *Gemeinderschafed germánicas*". Para la sociedad en comandita por acciones, el autor citado opina que "...surge en Francia, en el siglo XVIII para eludir el procedimiento de fundación de sociedades anónimas, sometidas al control del Estado. Mas tarde, responde al creciente peso del capital en los socios comanditarias y así se consolida en Alemania".²⁹ En cuanto al origen de la actual sociedad anónima, Chuliá señala que "...está estrechamente vinculada a la expansión de las necesidades financieras del Estado de los siglos XVI y XVII debido a las guerras de religión y a la colonización de las Indias Orientales y Occidentales y a la consolidación de una burguesía comercial decidida a aportar grandes inversiones movilizandando recursos propios, pero sobre todo suministrado por la clase aristocrática terrateniente (Galgano)".³⁰

Al comulgar con la opinión de que existe un derecho a recibir dividendos periódicos en cabeza de los socios y que tal derecho deriva del hecho de que las partes han elaborado un contrato de sociedad y éste tiene como finalidad esencial que el ente creado produzca ganancias las cuales deben ser distribuidas entre los socios en los términos estipulados al contratar y aquellos que se deriven del propio contrato o de la Ley, cualquier acto de alguno de los contratantes que pretenda no cumplir con lo convenido explícita o tácitamente en el contrato de sociedad, resulta en un atentado en contra del principio de intangibilidad del contrato previsto en el art. 1159 Código Civil; norma legal que además consagra el principio de la autonomía de la voluntad y, conforme a nuestra mejor doctrina civilista, tiene igualmente un fundamento moral que consiste en el respeto a la palabra empeñada.³¹ En resumen, no acordar la distribución

²⁹ Obra citada, p. 205

³⁰ Obra citada, p. 253.

³¹ Melich Orsini, José: *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales. Centro de Investigaciones jurídicas. Serie Estudios, Caracas, 2006. Cuarta Edición corregida y ampliada pp. 427-428.

de dividendos, no obstante que el balance de cierre de ejercicio económico de la sociedad muestre la existencia de ganancias líquidas y recaudadas, constituye una violación unilateral, a los derechos de los socios; lo cual implica un hecho sancionado por la Ley. Paralelamente, el profesor Melich Orsini menciona con relación a la intangibilidad del contrato, el principio de la expectativa legítima.³²

En el derecho administrativo venezolano ha tomado importancia el principio denominado principio de la confianza legítima, el cual rige las relaciones jurídicas que se establecen entre los órganos de la Administración y los particulares. De este principio dice Brewer-Carías: “...en las cuales, a estos últimos (los particulares), la conducta de aquella (la Administración) les genera una expectativa legítima y justificada de que responderá o actuará con una determinada y legítima ‘prestación, una abstención o una declaración favorable a sus intereses’, situación que, por ello, y tanto por el principio de la buena fe como por el de la seguridad jurídica que rigen en la materia administrativa, requiere de protección”.³³

El mencionado principio no es exclusivo el área del derecho administrativo, sino que el mismo tiene vigencia en las relaciones entre particulares. En efecto, pensamos que el mencionado principio tiene su fundamento en el contenido del art. 1160 Código Civil, cuando exige la buena fe en la ejecución de los contratos y señala que estos no solo obligan a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley. En otras palabras, cuando dos o más personas celebran un contrato, cada una de ellas tiene una confianza o expectativa legítima en el sentido de que su contraparte cumplirá no solo lo expresamente estipulado contractualmente sino también todo aquello que conforme al tipo contractual celebrado, puede derivarse del contrato conforme la equidad, el uso o la Ley. Al extrapolar lo anterior al caso del contrato de sociedad, consideramos que al constituir una sociedad mercantil, todos los socios tienen una confianza o expectativa legítima de que se van a distribuir como dividendos periódicos las utilidades líquidas y recaudadas que se originen por el cumplimiento del objeto social. En este punto, nuestra opinión encuentra eco en la del tratadista español Rodrigo Uría, quien al respecto afirma: “La sociedad puede constituir reservas voluntarias sustrayendo al reparto una parte de los beneficios de cada ejercicio, e incluso podrá suspender totalmente el reparto de dividendos si las necesidades de la empresa así lo exigen; pero no podrá negarse sistemáticamente a repartir las ganancias arrojadas por los balances, porque

³² Op, cit. p. 430

³³ Brewer-Carías, Ailan R.: Algunas notas sobre el principio de la confianza legítima. <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2011/09/85.-doc-Notas-sobre-confianza-leg%C3%ADtima-1.pdf>.

ello iría contra la finalidad perseguido por los socios al constituir la sociedad”.³⁴ La opinión aquí sostenida coincide con otras opiniones respetables. En este sentido: Miguel Macarena Lápido y Miguel Casanova Requena Muxi asientan: “El derecho a percibir utilidades es considerado la causa esencial del contrato de sociedad...”³⁵

4.3. Refutación de la posición que niega el derecho a recibir dividendos en forma periódica

Hemos visto que parte de la doctrina, tanto nacional como extranjera, niega que el derecho del socio a recibir periódicamente dividendos derivados de las ganancias de la empresa, aun cuando tales ganancias resulten en “utilidades líquidas y recaudadas” como dispone el art. 307 Código de Comercio Tal afirmación tiene, como hemos adelantado, dos fundamentos diferentes: por un lado, el silencio de la Ley; esto es, la no existencia de una norma legal expresa que establezca el derecho del socio a la recepción de dividendos periódicos. El segundo argumento de la opinión que niega el derecho se fundamenta en los poderes de la asamblea de accionistas cuyas decisiones son calificadas de “soberanas” y en las cuales rige el principio democrático de la mayoría.

La doctrina patria que niega el derecho del socio a recibir periódicamente dividendos (Morles), pretende asimilar el régimen venezolano de distribución de utilidades al de los llamados derechos europeos continentales (de los cuales es paradigma el italiano); régimen que prevé:

- i. Las utilidades distribuibles se convierten en dividendos, solo si y en la medida en que la mayoría decida hacer un reparto entre los socios.
- ii. Al accionista individual no le está reconocido un derecho individual o la percepción de las utilidades del balance: cualquier decisión sobre tal punto corresponde a la asamblea en la cual se aplica el principio democrático de la mayoría.
- iii. La mayoría no está obligada a motivar la no distribución de utilidades o la distribución parcial de beneficios. Corresponde a la minoría, por la vía de la impugnación de la decisión de la asamblea, demostrar que la decisión estaba inspirada en un interés extra social de la mayoría.

³⁴ Uría, Rodrigo: Derecho Mercantil. Imprenta Aguirre, Madrid, 1975. Undécima Edición. P. 214. En sentido distinto: Garrigues, Joaquín: Curso de Derecho Mercantil. Imprenta Silverio Aguirre Torres. Madrid, 1962, Cuarta Edición, pp. 382-383 y Chulia, F. Vicent: Compendio Criterio de Derecho, Mercantil. Cooperativa Artes Gráficas San José. Valencia, 1981, T^o I, pp. 257-258.

³⁵ Ver: <https://www.pdelc.com.uy/español/dividendos-minimo-obligatorio-y-derecho-de-receso-7?nidz338>. En el mismo sentido ver: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-mercantil/societario/reparto-de-dividendos-v-formas-de-evitar-el-derecho-de-separacion-de-los-s...> También: Miguel Camaño Árido: <https://cesabogados.com/a-proposito-del-reparto-forzoso-de-dividendos/> También: <https://www.osborneclarke.com/es/insiaht5/el-reparto-forzoso-de-dividends-la-luz-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-9203-de-11>.

- iv. La asamblea no está obligada a liberar sobre la específica destinación de las utilidades. De las utilidades obtenidas y no distribuidas disponen discrecionalmente los administradores, en ejercicio de sus funciones de gestión de la sociedad.³⁶

4.4. El silencio de la Ley

Aun cuando algunas normas del Código Civil y del Código de Comercio presuponen, a nuestro modo de ver, la distribución periódica de los beneficios en forma de dividendos (arts. 1662, 1663 y 1664 Código Civil y 213, ordinal 6º, 214, ordinal 7º y 219 CCo), no existe en el Código Civil, ni en el Código de Comercio una norma expresa que declare el derecho del socio a recibir dividendos periódicos, como si lo hace el art. 63 LEY DE MERCADO DE VALORES. De la omisión legal antes mencionada, la generalidad de la doctrina deduce que el socio no tiene un derecho de recibir periódicamente dividendos en repartición parcial o total de las ganancias o utilidades producidas por la compañía.

Para nosotros, como hemos avanzado, la mención a la realización de un fin económico común, contenida en la definición del contrato de sociedad descrita en el art. 1649 Código Civil y señalada como finalidad de la sociedad, en interpretación coordinada con los arts. 1662, 1663 y 1664 Código Civil y con los arts. 213, 214 y 219 Código de Comercio, resulta más que suficiente para sostener que en nuestro derecho existe un derecho del socio a recibir dividendos periódicos. A mayor abundamiento, la interpretación coordinada de las mencionadas normas legales con el contenido de los arts. 1159 (fuerza de Ley entre las partes que tiene el contrato) y 1160 Código Civil (interpretación de los contratos a los efectos de su ejecución), los cuales establecen aplicar los principios de la buena fe y obligan a cumplir no solo lo expresado en el contrato, sino además todas las consecuencias que se deriven del texto de contrato, según la equidad, el uso o la Ley, coadyuvan a apuntalar la opinión antes mencionada al afirmar que en nuestro sistema existe tal derecho. Por lo demás, consideramos también como abono en favor de esta opinión, que se trata solo de silencio legal y no de una prohibición legal; y, por otra parte, que el art. 63 LEY DE MERCADO DE VALORES forma parte del sistema y establece, en forma clara y expresa, el derecho del socio al cobro de dividendos periódicos para quienes lo son en sociedades que caen bajo el imperio de tal texto legal. No obstante, que es una Ley especial, debe tenerse presente que esa Ley especial es un texto cuya finalidad es tutelar la conservación de las empresas y garantizar los derechos de los socios y del público en general. Finalmente defender el derecho del socio a la distribución periódica de dividendos no se puede considerar como una

³⁶ Ver Morles Hernández, Alfredo: Obra citada, p. 467-468.

posición extraña al acontecer en el Derecho Comparado. En efecto, como reporta el profesor Morles Hernández, varias legislaciones europeas han incluido en sus Leyes el derecho antes mencionado. Igualmente debe ser recordada aquí las menciones de dicho autor, respecto al sistema del *common law* en el cual "... no se discute el derecho a las utilidades periódicas".³⁷

4.5. El supuesto carácter "soberano" de la asamblea de accionistas

La norma básica en materia de límites del poder de la asamblea es el art. 289 Código de Comercio. Esta norma dispone que sus decisiones son obligatorias para todos los accionistas, aun para quienes no hayan concurrido a la reunión; sin embargo, ella contiene una condición para la validez de las decisiones; la cual consiste en que la resolución adoptada esté dentro de los límites de sus facultades según los estatutos sociales. El artículo citado establece un límite al mentado "carácter soberano" de la asamblea. En otras palabras, la norma señala implícitamente que hay materias que están fuera de la competencia de la asamblea; materias sobre las cuales no le es dado deliberar o sobre las cuales puede deliberar bajo ciertas condiciones, y ello constituye una limitación al pretendido carácter "soberano" de la asamblea. En efecto, calificar la asamblea como "soberana", presupone determinar previamente la extensión de los derechos y facultades que confiere la acción al socio; solo precisando exactamente tales derechos y facultades, podemos determinar hasta que punto la asamblea es "soberana", o si en los tiempos actuales puede ser calificada con dicho término. Ello porque hay que observar con detenimiento el texto del art. 289 Código de Comercio debido a que el mismo contiene limitaciones al poder de la asamblea. En este sentido y en primer lugar, la asamblea debe observar los límites sobre convocatoria, quorum y mayorías necesarias previstas en los estatutos o la Ley. En segundo lugar, es posible que la asamblea no pueda deliberar ni decidir acerca de ciertas materias. El maestro Vivante expresa en relación al carácter de "soberana" atribuido a la asamblea, lo siguiente "El poder soberano de la asamblea cesa: "...Cuando se trate de derechos esenciales al contrato de sociedad: así la asamblea no podría suprimir por un voto de la mayoría el derecho de los socios a los dividendos... (omisión)..."³⁸ Cuando se trate de derechos que por una cláusula de los Estatutos no pueden ser modificados sin el consentimiento unánime del socio"³⁹ y agrega: "Es cierto que en las sociedades anónimas la escritura social puede ser modificada por la mayoría. Pero dicho derecho deriva de la primitiva unanimidad de los socios (al crear la sociedad) expresa una voluntad cualificada y querida de modo

³⁷ Morles Hernández, Alfredo: Obra citada, p. 468.

³⁸ Vivante, César: Obra citada, p.230

³⁹ Obra citada pp. 468-469.

permanente y dominante en aquella Asamblea (constitutiva)”.⁴⁰ Por otra parte, entendemos que al estipular en los estatutos sociales derechos para ciertos socios, esos derechos no pueden ser dispuestos por la asamblea no obstante pretenda aplicar el principio democrático de las mayorías. En este sentido, un ejemplo puede ser: si una estipulación estatutaria que confiere a unos socios titulares de una específica clase de acciones el derecho a designar uno o varios miembros de la Junta Directiva.

Tanto en Venezuela como en el exterior se cita el carácter “soberano” de la asamblea para atribuirle la facultad de negar el derecho del socio al dividendo aun en aquellos casos en los cuales el resultado del ejercicio económico arroje utilidades líquidas y recaudadas como exige el art. 307 de nuestro Código de Comercio. En el sentido señalado se pronuncia abundante doctrina calificada. En efecto, Vicente Chuliá expresa: “El socio no tiene derecho de crédito sobre los beneficios que el balance arroje. Su derecho de crédito nace en el instante en que la Junta fija la cuantía del dividendo”.⁴¹ No obstante, hay que tomar en consideración que los autores españoles citados manifestaron su opinión antes de la sentencia de fecha 11 de enero de 2023 dictada por el Tribunal Supremo Español, en la cual se crea doctrina judicial en sentido contrario a sus opiniones.

Hemos mencionado que el art. 289 Código de Comercio impone límites al poder de la asamblea: sus decisiones, para ser obligatorias para todos los socios, deben estar dentro de los límites de sus facultades. En otras palabras, la norma citada nos indica que la asamblea no es soberana; no ejerce una autoridad suprema e independiente, como define el Real Academia de la lengua Española, por el contrario las decisiones de la asamblea están limitadas, además de por todo aquello que haya sido establecido en los estatutos, por los derechos que hemos calificado como personalísimos o particulares o esenciales de los socios, y los cuales la asamblea no puede desconocer ni violar. César Vivante los califica de derechos individuales y al respecto expresa: “En defensa de los propios derechos individuales, es decir, los derechos que no pueden ser suprimidos o modificados por los órganos sociales (número 494) el accionista tiene una acción judicial, tanto para ser reintegrado en su función, como para pedir la indemnización cuando la reintegración no es posible”.⁴²

Los denominados derechos esenciales del socio son derechos particulares o individuales: su violación o inobservancia por parte de la asamblea, origina que él o los socios afectados por la transgresión o inobservancia, tengan derecho a reclamar judi-

⁴⁰ Vivante, César: Obra citada, pp. 263-237

⁴¹ Obra citada, tomo I, p.353. En sentido similar: Rodríguez: Derecho Mercantil, Imprenta Aguirre. Madrid, 1976, undécima edición p. 282; Sánchez Calero, Fernando: Instituciones de Derecho Mercantil. Mc GrauHill, Madrid, 1997, Vigésima edición p. 306.

⁴² VIVANTE, César: Obra citada, p-230.

cialmente por la acción u omisión de la asamblea. En efecto, a partir de la sentencia de fecha 30 de agosto de 2004 emitida por la SCC del Tribunal Supremo De Justicia, quedó reconocida en cabeza del socio o socios cuyos derechos sean vulnerados por la asamblea, una acción de nulidad conforme a la cual él o los afectados, pueden dirigirse al órgano jurisdiccional y accionar en contra del acuerdo para lograr una sentencia que declare la nulidad del mismo.

En resumen, de todo lo anterior, reiteramos nuestro criterio – avanzando al comienzo de este trabajo en el sentido de que consideramos que en el Derecho venezolano existen suficientes argumentos para sostener la tesis de la existencia de un derecho del socio al cobro de dividendos periódicos. Debemos aclarar del mismo modo nuestra conformidad con la opinión prevaleciente en la doctrina que sostiene que solo después de que la asamblea ha acordado el pago de dividendos, nace en cabeza de los socios un derecho de crédito exigible en contra de la compañía; no obstante, reiteramos que la asamblea está obligada a distribuir dividendos entre los socios una vez que se aprueba el balance de final de ejercicio económico y del mismo se evidencia la existencia de utilidades líquidas y recaudadas.

La opinión sostenida en este trabajo coincide con la de la profesora Carmen Galán López para el Derecho español. La profesora afirma al respecto: “El derecho a participar en las ganancias de la sociedad es un derecho abstracto que integra la posición de socio en las sociedades de capital, pues si no las sociedades serían leoninas al privar a los socios de la rentabilidad de su inversión en compensación a la aportación efectuada”. Mas adelante agrega: “...y constituye un límite a la soberanía de la junta general, que no podrá suprimir el derecho a los beneficios de un socio o grupo de socios y está obligada a un reparto anual del mismo a no ser que en los estatutos de la sociedad se haya previsto otra cosa”.⁴³ La profesora Galán López argumenta en favor de su opinión: (i) La prohibición de la sociedad leonina, (ii) cita jurisprudencia del Tribunal Supremo Español integrada por las sentencias de 30 de noviembre de 1971 y 5 de julio de 1986. Igualmente, coincidente es la opinión del profesor español Fernando Sánchez Calero; este autor se decanta por entender que el socio tiene el derecho a la repartición anual de dividendos; dejando a salvo aquellos casos en los cuales “los estatutos hayan establecido con carácter general otra cosa” y cita las sentencias del Tribunal Supremo Español de 30 de noviembre de 1971 y 5 de julio de 1986. Para Sánchez Calero, el fundamento del derecho al dividendo periódico parece ser (i) el texto de art. 48.2 de la LSA española que como primer derecho del accionista señala el de participar en el reparto de ganancias sociales y (ii) la jurisprudencia española concretada a partir de las dos sen-

⁴³ “Sociedades de capital (III): acciones y participaciones” en Derecho de sociedades. Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2022, 4ta edición, pp 175-176.

tencias antes mencionadas.⁴⁴ Con relación al derecho comentado, el tratadista Sánchez Calero expresa: “El primero de los derechos que enuncia el art. 48.2 es el de participar en el reparto de ganancias sociales. Tal derecho debe entenderse no solo como el que tiene todo socio a que si se reparten dividendos no pueda ser excluido del reparto (art. 215), sino también como un derecho a una distribución anual de dividendos a no ser que los estatutos hayan establecido con carácter general otra cosa (v. sents. De 30 de noviembre de 1971, R. 5019, y 5 de julio de 1986, R. 4. 412)”

Aceptado el punto de que la asamblea de accionistas de las sociedades tiene un límite que no puede traspasar y negado el pretendido carácter “soberano” de dicho organismo, consideramos que debe reconocerse que no existen argumentos jurídicos determinados para negar el derecho del socio a recibir dividendos periódicos; más aún cuando el propio sistema jurídico reconoce la existencia de una acción para anular sus decisiones cuando ellas trasgreden los límites de su actuación.

5. La acción de nulidad de las decisiones de la asamblea en la jurisprudencia venezolana

En un fallo de 21 de enero de 1975, se estableció por primera vez la existencia de una acción de nulidad en contra de las decisiones viciadas de la asamblea. Esta sentencia tiene la gran importancia de admitir, paralelamente de recurso de oposición previsto en el Art 290 CCo, una acción ordinaria de nulidad; sin embargo, gran parte de los problemas que se ponen de manifiesto con motivo de las decisiones viciadas de la asamblea, quedan a la elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia.⁴⁵

5.1. Evolución de la jurisprudencia en torno a la acción de nulidad

Antes de la sentencia n.º 992 de fecha 30 de agosto de 2004, emitida por la SCC del Tribunal Supremo De Justicia, el recurso de los accionistas afectados por una decisión de la asamblea, se circunscribía al ejercicio del procedimiento previsto en el art. 290 Código de Comercio; norma que regula una vía de reclamo contra decisiones de la asamblea “manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley”. Ese remedio consiste en otorgar a los socios que se dicen afectados, un recurso de oposición ante el juez mercantil del domicilio de la sociedad. El funcionario debe oír lo que los administradores tuvieren que decir con respecto al reclamo y si encuentra que existen las faltas denunciadas, el juez “puede” (no está obligado) suspender la ejecución de las decisio-

⁴⁴ Sánchez Calero, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*: Mc Graw-Hill. Madrid, 1997, Vigésima edición, p.306.

⁴⁵ Sobre el tema informa útilmente el excelente trabajo de Zubillaga, Marianela: “Vías judiciales para impugnar las decisiones tomadas en asambleas de accionistas: Evolución jurisprudencial, en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*. N.º 10,2023. pp. 207-231.

nes y ordenar la convocatoria de una nueva asamblea para decidir sobre el asunto en disputa. Si la asamblea así convocada confirma las decisiones con la mayoría y de la manera establecida en los arts. 280 y 281, la decisión sería obligatoria para todos los socios salvo que se tratase de una decisión que acordare el reintegro o el aumento del capital social, o el cambio del objeto social; casos en los cuales los socios disidentes tienen el derecho a separarse de la compañía y obtener el reembolso de sus acciones en proporción del activo social según el último balance aprobado (art. 292 Código de Comercio). Los accionistas disidentes tienen quince días contados desde la fecha de la decisión para ocurrir ante el juez mercantil y ejercer la mencionada oposición. En su oportunidad, la doctrina discutía acerca del carácter administrativo o judicial del procedimiento arriba aludido; discusión que a nuestro modo de ver ha quedado zanjada con el reconocimiento del carácter administrativo que a dicho procedimiento reconoce la SCC en su sentencia del 30 de agosto de 2004.

La sentencia arriba antes citada marcó un hito en el tema ya que reconoció que al lado del procedimiento del art. 290 Código de Comercio existe un recurso de impugnación ante el órgano jurisdiccional; esto es, una verdadera acción de nulidad que debe tramitarse haciendo uso del procedimiento ordinario. La posición antes descrita fue ratificada por la misma Sala mediante sentencia del 30 de marzo de 2005: Exp. 2008-000388, Caso: Ingsa Ingenio La Troncal, S.A. y comercializadora Don Carlos DC., C.A. contra Carlos Helímenes Sequera Añez. A partir de entonces, se reconoce carácter administrativo al procedimiento del art. 290 Código de Comercio y también la existencia de una acción de nulidad autónoma para los casos en los cuales la Asamblea viola los límites de su actuación.⁴⁶

La solución que aquí propugnamos en el sentido de reconocer un derecho del accionista al cobro periódico de dividendos; derecho que la asamblea no puede ignorar sin unas razones de peso y comprobables en el sentido de que la repartición de utilidades causaría daños económicos y financieros a la sociedad. Tal derecho es, en nuestra opinión, un derecho inderogable por la asamblea y si ésta lo viola, el socio perjudicado puede ejercer una acción judicial tendiente al reconocimiento de su derecho. Esta solución no es extraña al ordenamiento jurídico. En efecto, ya hemos visto que en el Derecho Comparado existen ejemplos de acogida, por parte de varios sistemas, del reconocimiento del derecho del socio al cobro de dividendos periódicos. Así como la costumbre establecida desde muy antiguo en los sistemas de *common law*. La incorporación en sistemas de civil *laws*, de normas expresas que lo reconocen, tales como: Alemania, Suiza, Francia, España, Italia y Portugal.⁴⁷ Por otra parte, la existencia de

46

⁴⁷ Ver Morles Hernández: Alfredo: Obra citada. p. 468.

jurisprudencia en países en los cuales para el momento de la sentencia no existía ley expresa, tales como la sentencia del 11 de enero de 2023, dictada por el Tribunal Supremo Español; ratificando la sentencia del 26 de mayo de 2005 y creando así jurisprudencia sobre el tema. Finalmente, como hemos mencionado varias veces, el art. 63 Ley De Mercado De Valores reconoce el citado derecho para las sociedades por ella reguladas. Reconocemos que esa norma legal no es una disposición general que abarque a todas las sociedades; pero, en nuestra opinión debe tomarse en consideración como un fuerte apoyo al principio del derecho del socio al dividendo periódico por cuanto la norma forma parte de un texto legal cuya *ratio* es precisamente la protección de las empresas, de los accionistas y del público en general.

La decisión del Tribunal Supremo Español antes mencionada, si bien constituye un gran paso adelante al posibilitar por vía indirecta, el cobro de dividendos periódicos, ha sido objeto de observaciones críticas, por parte de un sector de la doctrina española. Al efecto se señala que otorga un gran margen de discrecionalidad al juez que conoce de la impugnación de la decisión de la asamblea, para fijar el porcentaje de utilidad a repartir; y que tal discrecionalidad puede atentar contra la estabilidad de las empresas ya que como alguien ha observado “Las sociedades mercantiles son entidades vivas, que trabajan sobre planes de negocios y proyecciones que agradecen reglas claras cuyo seguimiento garantice la persistencia de las decisiones adaptadas por sus órganos. La incertidumbre sobre el porcentaje de beneficios que las sociedades pueden o no destinar a sus reservas, pone a su vez en duda los proyectos y riesgos que con esas reservas puedan querer asumir...”⁴⁸ Desde un punto de vista general, al aceptar la existencia de un derecho del socio al cobro de dividendos periódicos, consideramos que el corolario debería ser el reconocer la potestad del juez para, conjuntamente con la declaratoria de la nulidad del acuerdo de la asamblea, condenar al pago, sin límites, del total de las utilidades líquidas y recaudadas que hubiese sido probado en el juicio, salvo que la parte demandada hubiere alegado y probado la necesidad de reservar todo o parte de dichas utilidades para cubrir necesidades financieras de la sociedad no postergables. Esta forma de proceder es de un todo coherente con el reconocimiento de un derecho del socio a percibir dividendos periódicos. Por lo demás, pensamos que el proceder indicado no atenta contra el principio de conservación de la empresa ya que, como quedó señalado, en la contestación de la demanda la sociedad, si es el caso, puede oponerse a la distribución del total o de parte considerable de las ganancias existentes, alegando y probando necesidades económicas o financieras de la sociedad. Con relación a la posibilidad de impugnación de acuerdos de la asamblea, la profesora Isabel Fernández Torres se pro-

⁴⁸ Ver: <https://www.osborneclarke.com/es/insights/el-reparto-forzoso-de-dividendos-la-luz-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-92023-de-11>

nuncia para el derecho español (a propósito de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo Español), en la forma siguiente: “El régimen de impugnación de acuerdos constituye la pieza cardinal de las garantías a favor de los socios minoritarios, del interés de la sociedad y de la legalidad de los acuerdos al mismo tiempo que se constituye en un límite eficaz para frenar eventuales abusos de poder”.⁴⁹ Es interesante señalar que varios comentaristas de la sentencia del Tribunal Supremo Español destacan que la condena al pago de dividendos es justificada por el TS señalando que: “En casos como el presente, la tutela judicial efectiva del accionista minoritario quedaría afectada negativamente, si el pronunciamiento del tribunal se limitara a estimar la impugnación y a dejar sin efecto el acuerdo”.⁵⁰ Ese mismo principio de la tutela judicial efectiva está contenido en el artículo 26 de nuestra Constitución.

5.2. Características de la acción de nulidad

En el tema que nos ocupa, la acción es una acción de condena que tiene por finalidad que se declare nula la decisión de la asamblea que niega el derecho del socio al dividendo o que ha omitido distribuir dividendos, cuando se aprueba el Balance y existen utilidades líquidas y recaudadas sin que existan pérdidas de ejercicios anteriores que deban ser conjugadas con todo a parte de las utilidades del ejercicio de que se trate. La acción mencionada también sería procedente en aquellos casos en los cuales una minoría de socios que conforman el porcentaje sobre el capital social previsto en el art. 278 Código de Comercio solicite la convocatoria de la asamblea para distribución de dividendos y en la reunión derivada de tal convocatoria, la asamblea niegue la solicitud presentada por los socios minoritarios.

Es necesario destacar aquí que parte considerable de la doctrina distingue entre las deliberaciones nulas de la asamblea y las deliberaciones nulas y anulables y menciona como ejemplos de las primeras “...graves vicios de forma de la deliberación, sea por contrariar éstas las buenas costumbres, sea por violación de disposiciones legales que tienden de una manera principal a la protección de intereses que trasciendan a los accionistas actuales”. Y entiende como deliberaciones anulables aquellas que simplemente violan los estatutos o textos legales destinados a proteger a los accionistas actuales.⁵¹ No obstante, la tendencia actual, por lo menos en lo que se refiere a impugnaciones de decisiones de la asamblea de accionistas o junta general, es eliminar tal

⁴⁹ “Sociedades de capital (IV): órganos (1) la Junta General” en Derecho de Sociedades, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2022. Cuarta edición. pp. 240-241.

⁵⁰ Ver: Camaño Árido, Miguel: “A propósito del reparto forzoso de dividendos”. <https://www.esabogados.com/a-proposito-del-reparto-forzoso-de-dividendos/>. Soria, Adolfo: “Reparto forzoso del dividendo a los socios”. <https://www.bdo.es/es-es/blogs/coordenadas-bdo/mayo-2023/reparto-forzoso-de-dividendos-a-los-socios>.

⁵¹ Ver Goldschmidt, Roberto: Nuevos Estudios... p. 192.

diferenciación. En efecto, la profesora Isabel Fernández Torres expone con relación a la distinción antes mencionada: “El régimen de impugnación ha sido objeto de una profunda revisión en la Ley 31/2014 que introduce novedades importantes. En primer lugar, acaba con la tradicional distribución entre acuerdos nulos y anulables fundada en la distinta gravedad de los acuerdos, considerando que todos los supuestos son igualmente reprobables”.⁵²

El reconocimiento de una acción de nulidad en contra de las decisiones viciadas de la asamblea de accionistas, establecido en nuestro país a partir de la sentencia de la CSJ del 21 de enero de 1975, dota a los accionistas cuyo derecho ha sido vulnerado injustamente por la mayoría en la asamblea, de un remedio oportuno y eficaz tendente al restablecimiento del derecho vulnerado; remedio que antes de la mencionada fecha no existía debido a la generalizada interpretación del art. 290 Código de Comercio era la única vía con al cual contaba la víctima que veía lesionado su derecho. La acción permite al juez declarar la nulidad de la decisión viciada de la asamblea con efectos *ex tunc* y además condenar a la sociedad al pago de los dividendos no distribuidos. En este sentido, el tratadista español Jesús Alfaro opina que el ejercicio de la acción de nulidad supone “...el ejercicio de un derecho potestativo extintivo o negativo que provoca la nulidad del acuerdo con efectos retroactivos (desde que se adoptó), es decir, como si el acuerdo no hubiere existido”.⁵³ La doctrina española afirma que la acción de impugnación “...constituye un remedio que el legislador pone a disposición del socio para reaccionar frente al incumplimiento del contrato de sociedad”.⁵⁴

5.3. Legitimados activos y pasivos

Conforme a la concepción clásica, la asamblea regularmente constituida es considerada como la representación de la universalidad de los socios; es decir, como la integración de la sociedad;⁵⁵ concepción que en la opinión del maestro Goldschmidt, “... se reflejó en la mayor parte de los códigos, resulta, incluso sociológicamente, la más natural respecto a las pequeñas y medianas sociedades que, en los países latinoamericanos, constituyen la regla”.⁵⁶ Los legitimados activos son el o los socios cuyo derecho al dividendo ha sido vulnerado por la decisión de la asamblea cuya nulidad es solicitada. La doctrina española afirma que “...el socio que impugna el acuerdo actúa en interés

⁵² Obra citada, p. 241.

⁵³ Alfaro, Jesús: “La impugnación de acuerdos” en la Junta General de las Sociedades de capital. Comentaría los artículos 159 a 208 LSC. Civitas Thomson Reuters. Editorial Arauzadi, S.A.U. Pamplona, 2022, p. 731.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Ver Goldschmidt, Roberto: Nuevos Estudios de Derecho Comparado. Publicaciones de al Facultad de Derecho, UCV. Imprenta Universitaria, Caracas, 1962, p. 187.

⁵⁶ *Ibidem*.

de todos los socios en la defensa del contrato de sociedad”.⁵⁷ El legitimado pasivo es la sociedad cuya asamblea acordó la decisión cuestionada.⁵⁸ Se puede plantear la duda acerca de si pueden intervenir como parte actora los socios que votaron a favor de la decisión de la asamblea cuya nulidad se solicita y aquellos que no asistieron a la reunión de la asamblea. La respuesta debe ser afirmativa por cuanto la decisión debe ser igual para todos los socios; además, si se anula el acuerdo quedan eliminados todos aquellos hechos que ocurrieron en la asamblea involucrados a la decisión anulada. La doctrina española, siguiendo decisiones jurisprudenciales, señala que “no se hallan en situación de litisconsorcio pasivo respecto a la compañía, ni los socios que hubieren votado a favor ni los administradores que hubieren promovido la adopción del acuerdo impugnado”.

Cuando hay varios socios afectados, ellos pueden ejercer sus derechos a través de una demanda única. Si por el contrario son varios los afectados que accionaren por separado, el juez deberá proceder a acordar la acumulación de autos en los términos de los arts. 78, 79 y 81 del Código de Procedimiento Civil. Como señala el Profesor Rengel Romberg, el fenómeno conocido como “acumulación de autos o procesos”, es algo que supera la consideración material utilizada por la Ley para denominar la figura; en efecto, se trata de reunir procesos que se estaban tramitando separadamente, con lo cual quedan acumuladas en un único juicio las pretensiones que se estaban tramitando separadamente como juicios autónomos. Con la acumulación los diversos procesos se forma un solo juicio con pluralidad de objetos, unificados en una sola relación procesal. Otra característica es que los procesos acumulados son decididos en una sola sentencia que los resuelve a todos evitando la existencia de fallos contradictorios. Finalmente, el citado autor expresa que: la acumulación presupone “...la existencia de dos o más juicios, en el sentido de controversias con respecto a las cuales ha de recaer una decisión”.⁵⁹

El artículo 206 del texto refundido de la Ley española de sociedades de capital establece como legitimados activos: cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieren adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo; siempre que individualmente o en conjunto representen por lo menos el uno por ciento del capital. La misma norma en su numeral 2 dispone que en el caso de los acuerdos que sean contrarios al orden público está legitimado cualquier socio aun cuando hubiere adquirido la condición de socio después del acuerdo. Igual-

⁵⁷ Alfaro, Jesús: “Capítulo IX. La impugnación de acuerdos “en La Junta General de las sociedades de capital. Civitas Thomson Reuters. Editorial Aranzandi, S.A.U. Buiplona 2023, p. 737.

⁵⁸ En sentido similar: Vivante, César: Obra citada, 485 bis, p.230.

⁵⁹ Rengel-Romberg, Aristides: Tratado de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código 1987. Talleres Autolitho C.A., Caracas, 2004. Décima primera edición, T° II, pp. 130-131.

mente, el numeral 4 del mismo artículo establece que los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para sostener su validez.

5.4. Alegatos de la parte actora

La parte actora debe alegar su condición de socio de la demandada y narrar en la demanda los hechos en los cuales se fundamenta la demanda (descripción de todos los pormenores relacionados con la decisión cuya nulidad solicita), y, fundamentalmente, señalar como Petitorio la nulidad de la decisión de la asamblea y el pago de la porción de las utilidades que solicita sean repartidas entre todos los socios.⁶⁰

Con relación al monto que debe contener el petitorio, consideramos que por cuanto está solicitando el pago del derecho al dividendo periódico que le fue violado, resulta congruente que el actor solicite la repartición de la totalidad de las utilidades líquidas y recaudadas que estén en el balance, para ser distribuidas entre todos los socios en proporción a sus porcentajes en el capital social; lógicamente del reparto se beneficiarán tanto los socios que votaron a favor del acuerdo anulado, como aquellos que no votaron: la actuación u omisión que al respecto tuvieron en la reunión de la asamblea cuya resolución fue anulada, queda eliminada por efectos de la decisión del órgano jurisdiccional al declarar la nulidad. Para intentar rebajar la cantidad solicitada en la demanda, la parte demandada debe alegar y probar en juicio que la distribución de las utilidades solicitada por la parte actora, perjudica económicamente o financieramente a la sociedad. El juez decidirá de acuerdo a lo que, en definitiva resulta alegado y probado en autos.

La sentencia del Tribunal Supremo Español del 11 de enero de 2023, varias veces mencionada a lo largo de este trabajo sentó varios principios importantes en relación al reparto periódico de dividendos; a saber: (i) definitivamente convirtió el derecho del socio a recibir dividendos periódicos en un derecho no vulnerable por la mayoría en la junta general; (ii) estableció dos remedios: el derecho de separación previsto en el art. 348 bis de la LSC no es el único recurso que tienen los socios minoritarios ante un reiterado no reparto de dividendos. Ahora, además del derecho de separación, tienen la acción de nulidad del acuerdo de la Junta General y la posibilidad de solicitar al juez que condene a la sociedad al reparto de dividendos. Con relación a este último punto, el

⁶⁰ El mercantilista español: Joaquín Garrigues y los tratadistas citados a continuación, son de la opinión de que la acción debe ser ejercida contra la sociedad como legitimado pasivo. Curso de Derecho Mercantil. Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, Tomo I, p. 514; Broseta Pont, Manuel: Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos, Madrid, 1981, Cuarta edición, p. 251; Quiñones Robles, Antonio y Díaz Sante, Carlos: Procedimiento de Impugnación de los Acuerdos Sociales en las Sociedades Anónimas. Industrias Gráficas de España, S.L., Madrid, 1959, p. 25; En el mismo sentido Zerpa, Levis Ignacio: La Impugnación de las Decisiones de la Asamblea en la Sociedad Anónima, p. 144.

Tribunal Supremo Español dejó en manos de los jueces la fijación del monto que debe ser repartido como dividendos en caso de que sea declarada con lugar la nulidad. Tal margen de discrecionalidad dejado en manos de los jueces, ha sido objeto de críticas razonables por parte de comentaristas españoles de la sentencia mencionada. En esa línea se encuentra Miguel Camaño Árido, quien al respecto afirma: “En esta sentencia, el Tribunal viene a consolidar una línea que permite un margen de discrecionalidad del juzgador a la hora de fijar el porcentaje de reparto... (omissis). Se trata de una conclusión no exenta de polémica”.⁶¹ En sentido bastante similar se pronuncia Jorge Ossio Gargurevich, quien comenta la Ley General de Sociedades vigente en Perú y se decanta por el establecimiento legislativo de porcentajes a repartir y al efecto afirma: “En mi concepto, no deberíamos persistir en una norma que es ciega sobre el derecho que concede a los accionistas minoritarios, aun en situaciones que pudieran comprometer la propia estabilidad financiera de la sociedad”.⁶² Ossio cita en apoyo a su posición varias legislaciones latinoamericanas que fijan un monto mínimo de dividendos distribuible: art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de Chile, la cual señala el 30%; el art. 320 de la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina con el 20% a menos que una mayoría del 75% del capital social resuelva en otro sentido; la Ley de Sociedades Anónimas de Brasil que fija el 25% y la Ley General de Sociedades Mercantiles Mexicana (art. 105) que fija el 5% del valor nominal de las acciones. En realidad, en esta materia hay legítimos derechos igualmente respetables y por ello se debe dejar un sano margen para la ponderación de los intereses en disputa. La clave de la ponderación debe fijarse en mantener la salud financiera de la empresa a fin de que por el pago de dividendos no se ponga en riesgo la continuidad del negocio; en otras palabras, debe atenderse siempre al principio de conservación de la empresa y permitir que en los caso de demandas de nulidad de acuerdos de la asamblea de accionistas, el alegato y prueba de grave peligro para la sociedad al considerar su situación financiera, se eliminen transitoriamente, reduzcan o difieran los porcentajes a pagar en concepto de dividendos. Como acertadamente señala Oscar López de Foronda Pérez: “...básicamente la importancia del problema radica en averiguar cuál es el nivel de reparto de dividendos que permita alcanzar un equilibrio entre los recursos internos que la empresa necesita para financiar parte de sus inversiones y los intereses de los accionistas”.⁶³

⁶¹ Camaño Anido, Miguel: “EL reparto forzoso de dividendos a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo 9/2023 de 11 de enero. Ver <https://ccsabogados.com/a-proposito-del-reparto-forzoso-de-dividendos/>

⁶² Ossio Gargurevich, Jorge: “El dividendo obligatorio regulado por el artículo 231 de la Ley General de Sociedades” Ver: <https://revistas.pucp.edu.pe/view>.

⁶³ López de Foronda Pérez, Oscar: La política de dividendos de las empresas de Estados Unidos y Europa desde perspectiva financiera e institucional. Fundación de estudios financieros. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2006. p. 23.

5.5. Pruebas de la parte actora

La actora tiene la carga de la prueba de su carácter de socio y de la existencia de la resolución de la asamblea cuya nulidad solicita; el balance aprobado del cual se evidencia utilidades líquidas y recaudadas (puede señalarse el rubro del balance: “Ganancias después de impuestos”). En caso de que la demandada alegue que no hay utilidades “líquidas y recaudadas”, o que existen motivos económicos financieros de tal entidad que justifican el no pago de dividendos, correrá con la carga de probar los hechos alegados (art. 1354 Código Civil).

5.6. El tiempo útil para ejercer la acción de nulidad

En un principio, nuestra doctrina discutió acerca del plazo de prescripción de la acción ordinaria de nulidad en materia de decisiones viciadas de la asamblea. En este sentido existe, una sentencia que señala el término de prescripción en cinco años por aplicación de lo previsto en el Art 1.346 Código Civil;⁶⁴ sentencia que fue ratificada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo De Justicia.⁶⁵ No obstante, el profesor Melich Orsini manifiesta que la prescripción quinquenal prevista en el Art 1.346 Código Civil, se reduce al ámbito de las nulidades relativas y que para las nulidades absolutas rige la prescripción decenal consagrada en el Art 1.977 *eiusdem* para las acciones personales.⁶⁶ No obstante, debido a la necesidad de consolidar lo más rápidamente posible las decisiones de la asamblea, resulta conveniente, establecer un lapso de prescripción breve o tal vez un lapso de caducidad. Esta posición sostenida por nosotros desde hace mucho tiempo, fue acogida por nuestro derecho positivo en el año 2006 al ser promulgada la Ley de Registro Público y del Notariado (Art 59); luego modificada por la LRN (Art 56). La discusión parece zanjada por el art. 56 de la Ley de Registros y Notarías (GO n.º 6.668 Extraordinario del 16 de diciembre de 2021). Dicha norma considera que el plazo no es de prescripción sino de caducidad, expresando que “la acción se extingue al vencimiento del lapso de un año contado a partir de la publicación del acto inscrito. En otras palabras, la inscripción del acto anulable en el Registro Mercantil competente da lugar al comienzo del lapso de caducidad.

Consideramos muy acertado haber escogido la vía de la caducidad en lugar de la prescripción de la acción por cuanto esta fórmula coadyuva a que la situación anómala derivada del acuerdo impugnado sea resuelta lo antes posible en obsequio de la exigencia de seguridad jurídica que es propia del tráfico societario. La vía de la caducidad

⁶⁴ Ver JTR, Tomo VI, Vol. 2, p. 577.

⁶⁵ Ver: Fallo del 14/3/2000 en R&G. Tomo CLXXIII, marzo 2000. N° 508-00, pp. 526-527.

⁶⁶ Melich Orsini, José: Op. cit., pp. 367-369.

disminuye el plazo de incertidumbre a que pueden estar expuestos los terceros que se relacionan con la sociedad; y en este sentido, cualquier discrepancia que ponga en duda la legalidad o validez de un acuerdo adoptado por la asamblea de accionistas, llegando al punto de originar un juicio cuyo objetivo es lograr la declaración judicial de la nulidad del acuerdo, constituye una situación que atenta gravemente contra el buen tráfico de las sociedades. Por tal motivo, es imprescindible que al diferencia o conflicto que existiere sea resuelto lo antes posible.

Para la doctrina española, el someter el ejercicio de la acción de nulidad a un plazo de caducidad, tiene como fundamento técnico el hecho de que el derecho a ejercer la acción de nulidad "...pertenece a la categoría de los derechos potestativos de duración limitada..."⁶⁷

CONCLUSIONES

- i. El socio de una sociedad tiene un derecho a obtener dividendos en cada ejercicio económico de la sociedad, cuando los Estados Financieros de la Sociedad reflejen ganancias o utilidades y el monto correspondiente se encuentra líquido y recaudados como prescribe el art. 307 Código de Comercio
- ii. El mencionado derecho al dividendo no puede ser violado por la asamblea de accionistas
- iii. Es necesario para establecer el monto y la forma de pago del dividendo, una decisión de la asamblea de accionistas.
- iv. En caso de violación del derecho al dividendo, el o los socios afectados tienen a su disposición una acción judicial para lograr reestablecer su derecho. Acción reconocida en nuestra jurisprudencia desde el año 1975.
- v. No obstante lo expuesto, resulta conveniente, al redactar el documento constitutivo y los estatutos de las sociedades, establecer claramente el derecho del socio al dividendo periódico y el porcentaje de la utilidad a repartir, así como los casos en los cuales la asamblea puede omitir o rebajar el monto de los dividendos a repartir y la mayoría calificada para decidir acerca de la omisión o rebaja. Igualmente, es prudente señalar en el Balance y los Estados de ganancias y Pérdidas, todas aquellas provisiones que los mismos deben contener a fin de que los socios queden lo mejor informados posible del monto de las utilidades que pueden ser distribuidas.

⁶⁷ Massaguer, José "La impugnación de acuerdos "en la Junta General de las sociedades de capital Thomson Reuters Civitas. Editorial Aranzadi, S.A.U. Navarra, 2022, p. 803.

-
- vi. Es conveniente y necesario proceder cuanto antes a legislar sobre el derecho al dividendo partiendo de la base del art. 63 LEY DE MERCADO DE VALORES y determinar los casos en las cuales es posible para la Asamblea, negar el reparto de utilidades para destinar las cantidades correspondientes a cubrir otras necesidades de la sociedad.
- vii. Es conveniente y urgente legislar sobre las cuentas anuales que conforme a los arts.32 a 44 deben llevar los comerciantes y, en particular las compañías de comercio. En efecto las normas antes mencionadas son demasiado escuetas y como documentos que deben reflejar las operaciones de la sociedad al cierre de su ejercicio y comprobar la marcha de las cuentas de la sociedad, y que las mismas muestren la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la sociedad en el ejercicio de que se trata. En general, las cuentas anuales deben comprender: el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria de estos documentos han de unirse al informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado. Por cuanto nuestro Código de Comercio es excesivamente escueto en la materia, para estipular sobre los mencionados documentos se puede partir del texto de las Normas para la elaboración de los estados financieros de las entidades regidas por la Ley de Mercado de Valores; también puede encontrarse inspiración en el texto de la Cuarta Directiva 78/660/CCE, de 25 de junio, relativa a las cuentas anuales, y las modificaciones sufridas por dicha Directiva y la adopción de las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC). Tal vez, para hacer más rápida la adaptación se puede poner en vigencia una reforma de la Resolución n.º 019, mediante la cual se establecen los requisitos únicos y obligatorios para la tramitación de actos o negocios jurídicos en los Registros Principales, Mercantiles, Públicos y las Notarías (GO n.º 40.332 del 13 de enero de 2014). Los ajustes correspondientes podrían hacerse en los arts.12 y 13.
- viii. Resulta aconsejable incluir en los estatutos una cláusula de compromiso arbitral con arbitraje institucional.

BIBLIOGRAFÍA

- Acedo Mendoza, Manuel y Acedo Lepervanche, Luisa Teresa: La sociedad anónima. Vadedell hermanos Editores. Valencia-Caracas, Mayo, 1996, Tercera edición.
- Alfaro, Jesús: “La impugnación de acuerdos en la Junta General de las Sociedades de capital. Comentario a los artículos 159 a 208 LSC”. Civitas Thomson Reuters. Editorial Ararzadi, S.A.U. Pamplona, 2022.

- Arismendi, José Loreto y Arismendi (hijo), José Loreto: Tratado de las sociedades civiles y mercantiles. Talleres tipográficos de Ediciones Ariel, Barcelona, 1964. Tercera Edición,
- Broseta Pont, Manuel: Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos, Madrid 1974, Segunda Edición.
- Chulia, F. Vicent: Compendio Crítico de Derecho, Mercantil. Cooperativa Artes Gráficas San José. Valencia, 1981, T° I.
- De la Fuente, Juan: “El Tribunal Supremo sienta doctrina sobre el reparto forzoso del dividendo, 18 años después”. *Economist Jurist*, 8 de febrero de 2023. (Énfasis añadido). Ibañez García, Isaac: “Amicus Curiae”
- Fernández Torres, Isabel: “Sociedades de capital (IV): órganos (1) la Junta General” en *Derecho de Sociedades*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2022. Cuarta edición.
- Galán López, Carmen: “Sociedades de capital (III): acciones y participaciones” en *Derecho de sociedades*. Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2022. Cuarta Edición.
- Galgano, Francesco: *Derecho Comercial*, Vol. II. Sociedades. Editorial Temis. Bogotá, 1999.
- Garrigues, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil*. Imprenta Silverio Aguirre Torres. Madrid, 1962, Cuarta Edición.
- Goldschmidt, Roberto: *Curso de Derecho Mercantil*. Editor venezolano, S.R.L. Caracas, 1979. edición actualizada por el profesor Víctor Pulido Méndez.
- Goldschmidt, Roberto: *Nuevos Estudios de Derecho Comparado*. Publicaciones de la Facultad de Derecho, UCV. Imprenta Universitaria, Caracas, 1962.
- G.O. N° 6.211 Extraordinario del 30 de diciembre de 2015.
- Instituto Nacional de Contadores Públicos. Colombia. <https://incp.org.co/como-se-define-el-concepto-de-utilidad-liquida/>
- JTR, Tomo VI, Vol. 2.
- MELICH-ORSINI, José: *Doctrina general del contrato*, 4ta edición corregida y ampliada. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios 61. Caracas, 2006.
- Morles Hernández, Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil*. UCAB, Colección Cátedra, Caracas, 2017, T° II.
- Ossio Gargurevich, Jorge: “El dividendo obligatorio regulado por el art. 231 de la Ley General de Sociedades”. *Editorial THEMIS-Revista de Derecho*. [https://revistas.pucp.edu.pe>view. https://www.pdelc.com.uy/español/dividendo mínimoobligatorio-y-derecho-dereceso-7?nidz338](https://revistas.pucp.edu.pe/view.https://www.pdelc.com.uy/español/dividendo_mínimoobligatorio-y-derecho-dereceso-7?nidz338).
- Quiñones Robles, Antonio y Díaz Sante, Carlos: *Procedimiento de Impugnación de los Acuerdos Sociales en las Sociedades Anónimas*. Industrias Gráficas de España, S.L., Madrid, 1959.

Rengel-Romberg, Arístides: Tratado de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código 1987. Talleres Autolitho C.A., Caracas, 2004. Décima primera edición, Tº II.

R&G. Tomo CLXXIII, marzo 2000. Nº 508-00, fallo del 14/3/2000.

Sánchez Calero, Fernando y Sánchez Calero Guilarte, Juan: Instituciones de Derecho Mercantil, Vol. I. Thomson Aranzadi. Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2008. 319 edición.

Sánchez Calero, Fernando: Instituciones de Derecho Mercantil. McGraw-Hill. Madrid, 1997.

Uría, Rodrigo: Derecho Mercantil. Imprenta Aguirre, Madrid, 1975. Undécima Edición.

Vivante, César: Tratado de Derecho Mercantil, Vol. II. Primera Edición. Editorial Reus, Madrid, 1932.

Zerpa Levis, Ignacio: La Impugnación de las Decisiones de la Asamblea en la Sociedad Anónima. Gráficas Ideograf, C.A. para UCV. Caracas, 1989. Segunda Edición.