

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**ESCUELA DE POST GRADO**

**La Nulidad y la impugnación de acuerdos, su  
problemática en materia civil y societaria**

**TESIS**

**Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en  
Derecho Civil y Comercial**

**AUTOR**

**Jairo Cieza Mora**

**Lima – Perú**

**2011**

**LA NULIDAD Y LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS**  
**SU PROBLEMÁTICA EN MATERIA CIVIL Y SOCIETARIA**

**INTRODUCCION**

**CAPITULO I: LAS INEFICACIAS NEGOCIALES: SU IMPORTANCIA EN LA NULIDAD DE ACUERDOS EN MATERIA CIVIL Y SOCIETARIA**

**CAPITULO II: NATURALEZA DE LOS ACTOS ASAMBLEARIOS: ASOCIATIVOS Y SOCIETARIOS**

**CAPITULO III: LA NULIDAD DE ACUERDOS EN MATERIA CIVIL Y SOCIETARIA**

**CAPITULO IV: LA LEGITIMACIÓN EN LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE ACUERDOS ASOCIATIVOS Y SOCIETARIOS**

**CAPITULO V: LA SUSPENSIÓN DE ACUERDOS EN MATERIA CIVIL Y SOCIETARIA**

**CAPITULO VI: EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN O CADUCIDAD EN MATERIA DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS ASOCIATIVOS Y SOCIETARIOS**

**CAPITULO VII: PROPUESTA LEGISLATIVA**

**CAPITULO VIII: LEGISLACION COMPARADA**

## PLAN DE TESIS

### I. TITULO.

**“LA NULIDAD Y LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS. SU PROBLEMÁTICA EN MATERIA CIVIL Y SOCIETARIA”**

### II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El artículo 139 de nuestra Ley general de Sociedades (LGS) regula los llamados acuerdos impugnables<sup>1</sup>, siendo estos, aquellos cuyo contenido sea contrario a la Ley general de Sociedades, se opongan al estatuto o al pacto social o lesionen, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. En el mismo artículo se hace mención a los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en **la Ley**, o en el Código Civil. Sin embargo, el problema comienza cuando once artículos más adelante (artículo 150) se regula en la LGS la denominada **Acción de Nulidad**, que prevé: *“Procede la acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil. Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento. La acción de nulidad caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo”*.

---

<sup>1</sup> **Artículo 139°.- Acuerdos Impugnables** Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley. No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto. El juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente. En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe.”

Este artículo, el 150 de la LGS, nos remite al artículo 38 de la LGS, el mismo que preceptúa: *“Son nulos los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios (...)”*

Como se puede apreciar nuestra LGS, queriéndolo o no, nos coloca hasta ante cuatro supuestos para cuestionar la validez de los acuerdos societarios:

- a) La Impugnación de acuerdos propiamente dicha regulada en los supuestos previstos en el artículo 139 de la LGS
- b) La anulabilidad prevista en el segundo párrafo del artículo 139 de la LGS,
- c) La denominada Acción de Nulidad prevista en el artículo 150 de la LGS y
- d) La denominada nulidad de acuerdos societarios regulada en el artículo 38 de la LGS

De una lectura detenida de los artículos arriba referidos se puede invocar la acción de nulidad de acuerdos, con las ventajas que esto implica, baste recordar el mayor plazo, o la posibilidad de legitimación de un tercero, haciendo mención a las causales de impugnación de acuerdos propiamente dicha descrita en el literal a) precedente, lo cual hace muchas veces lírica su presencia en el ordenamiento jurídico y ante esto la jurisprudencia no ha tenido una respuesta clara. Esto se agrava cuando los operadores del derecho inclusive cuestionan la validez y eficacia de un acuerdo a través de las acciones ordinarias de Nulidad de Acto Jurídico con lo cual el panorama se vuelve aun más confuso.

Efectivamente, si el artículo 38 de la LGS, referido a la nulidad de acuerdos invoca como causales de nulidad la adopción de acuerdos contrarios a “las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en

beneficio directo o indirecto de uno o varios socios” , nos preguntamos ¿ Qué diferencia este listado, de las causales invocadas para la impugnación judicial de acuerdos previstas en el artículo 139 de la LGS?. Queda claro entonces que el tema es incierto y merece un estudio para mejorar su sistemática en la LGS..

En el caso de las personas jurídicas sin finalidad lucrativa (Asociaciones, Fundaciones, Comités) reguladas en nuestro Código Civil, no existen las distinciones que han sido desarrolladas en nuestra LGS, estando la impugnación de acuerdos de Asambleas prevista en el artículo 92 del Código Civil en caso de violación de disposiciones legales o estatutarias y las razones de nulidad de actos derivados de las asambleas se rige por las causales de nulidad absoluta prescritas en el artículo 219 del Código Civil<sup>2</sup>, mereciendo, siendo un problema recurrente en las Personas Jurídicas, un desarrollo legislativo mas adecuado.

### III HIPÓTESIS

Si bien es cierto la nulidad de acuerdos propiamente dicha se encuentra regulada en el artículo 150° de la Ley General de Sociedades (LGS), esta institución se confunde y superpone en la práctica con la figura de la Impugnación Judicial de Acuerdos, la misma que se encuentra ordenada en el artículo 139 de la LGS. Similar confusión se presenta en el ordenamiento civil en el cual las causales de impugnación judicial de acuerdos prevista en el artículo 92 del Código Civil se asimilan con las de nulidad del Acto Jurídico previstas en el artículo 219 del Código Civil. En el formante jurisprudencial peruano existe también una superposición de conceptos cuando se habla de las causas para invocar la nulidad o la impugnación de determinado acuerdo en materia societaria, lo cual genera incertidumbre jurídica y se constituye en un obstáculo para el tráfico comercial. Se requiere de una sistematización de estos artículos que regule y distinga

---

<sup>2</sup> **Art. 219.** El acto jurídico es nulo: 1) Cuando falta la manifestación de voluntad del agente, 2) Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, 3) Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable, 4) Cuando su fin sea ilícito, 5) Cuando adolezca de simulación absoluta, 6) Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad 7) Cuando la ley lo declara nulo 8) en Caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la Ley establezca sanción diversa.

adecuadamente la nulidad e impugnación de acuerdos tanto en materia societaria como en el campo civil.

#### **IV. MARCO TEORICO**

Se ha venido utilizando fundamentalmente categorías de derecho comercial en ámbitos en donde el derecho civil a alcanzado un probado desarrollo conceptual y jurisprudencial. Si bien la nulidad o impugnación de acuerdos son regulados por la LGS y por tanto tienen un enfoque societario y comercial ineludible, la doctrina civil tiene un importante aporte que dar para la delimitación conceptual y la clarificación de situaciones de la “realidad jurídica”, para usar una expresión de Scognamiglio, que permitirá resolver incertidumbres jurídicas que se presentan a diario en el mundo comercial y corporativo. Sin los conceptos claros, se hace muy difícil abordar a buen puerto en materia de impugnación y nulidad de acuerdos tanto en materia civil como societaria. Asimismo se requiere un análisis de la doctrina y legislación comparada en materia societaria para poder tener un panorama íntegro de las instituciones estudiadas.

Asimismo el análisis funcional es fundamental, es decir la necesidad de vincular la arista civil y comercial con el la jurisprudencia de los Tribunales Peruanos y extranjeros los cuales tienen respuestas diferentes para resolver los problemas de la Impugnación y Nulidad de Acuerdos.

Tal como lo señalamos precedentemente el tema de la nulidad de acuerdos ha sido abordado por la doctrina comercial en la mayor parte de los casos sin tomar en consideración los aportes en materia de las Ineficacias negociales dados por la doctrina civilística. Consideramos que el desarrollo de la doctrina civil en materia de Invalidez e Ineficacia tiene elementos que aportar para analizar la Impugnación Judicial de Acuerdos así como la Nulidad de Acuerdos, institutos previstos tanto en la LGS como en el CC.

## **V. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACION**

La metodología empleada ha consistido en analizar la institución de la Nulidad de Acuerdos en materia civil y societaria desde un desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial, para lo cual hemos recurrido a las normas, doctrina y jurisprudencia nacional y comparada. Este análisis nos ha permitido tener una visión mucho mas completa del desarrollo de la institución así como determinar los problemas que se presentan en su implementación y del mismo modo proponer alternativas legislativas que permitan mejorar la ejecución de la mencionada institución en beneficio de la justicia y de los justiciables.

## **VI. ESQUEMA PROVISIONAL**

1. Introducción
2. Las ineficacias negociales: Su importancia en la nulidad de acuerdos en materia civil y societaria
3. Naturaleza de los actos asamblearios: asociativos y societarios
4. Impugnación Judicial de Acuerdos asamblearios
5. Impugnación Judicial de Acuerdos societarios
6. La Impugnación de Acuerdos y la Acción de Nulidad de acuerdos. Historia de una confusión.
7. La legitimación para impugnar o solicitar la nulidad de acuerdos. Problemática.
8. La suspensión de acuerdos y las medidas cautelares innovativas.
9. El plazo en materia de impugnación y nulidad de acuerdos. Prescripción o caducidad.
10. Análisis de la legislación y jurisprudencia comparada
11. Hacia una propuesta legislativa y jurisprudencial
12. Bibliografía.

## **VI. OBJETIVOS**

1. Contribuir a una mejor sistematización de las instituciones de Impugnación Judicial de Acuerdos y Nulidad de Acuerdos en los cuerpos legislativos donde están reguladas.
2. Haciendo un análisis funcional estudiar y clasificar la jurisprudencia nacional y comparada a fin de entender la problemática en la aplicación práctica de las instituciones estudiadas a fin de proponer un mejor desarrollo jurisprudencial.
3. Valiéndome de la legislación, doctrina, jurisprudencia nacional y comparada Realizar una propuesta legislativa en materia de impugnación y nulidad de acuerdos.

## V. ACOPIO DE DATOS

Serán consultados el material bibliográfico y hemerográfico de la Universidades de la ciudad de Lima. También serán consultados los precedentes judiciales en las Cortes de la Ciudad de Lima.

## VI. BIBLIOGRAFÍA INICIAL

1. **Aldana Durán**, Mariella. “Impugnación Judicial de Acuerdos”. Comentarios al artículo 92º del Código Civil. En “Código Civil comentado”. Tomo I Gaceta Jurídica Editores. 2003.
2. **Aliaga Huaripata**, Luís. En “Código Civil comentado”. Tomo I. Gaceta Jurídica Editores.2003.
3. **Abramovich Ackerman**, Daniel. “La problemática de la impugnación y nulidad de acuerdos en la Ley general de Sociedades”. En Themis. Revista de Derecho de la PUCP N° 47. Libre Competencia.
4. **Beaumont Callirgos**, Ricardo, “Comentarios a la Nueva Ley general de Sociedades”. Gaceta Jurídica Editores. Primera Edición, 1998.

5. **Borda, Guillermo**, “Retroactividad de la Ley y derechos Adquiridos” N° 39. Buenos Aires, 1969.
6. **Carrera Giral, Juan y Carrera Lozano, Enrique**, “Ley de Sociedades Anónimas”. Vol II 5ª Edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1991.
7. **De Belaunde Lopez de Romaña, Javier**. “Reforma del Código Civil y las Personas Jurídicas” En “Congreso de la República: Reforma de Códigos. 2ª Ed. Tomo II. Lima, 1999.
8. **De Castro y Bravo, Federico**. “La Persona Jurídica”. Editorial Civitas. 2º Edición. Madrid. 1984.
9. **Espinoza Espinoza, Juan**, “Derecho de las Personas”. Gaceta Jurídica, Cuarta Edición, 2004.
10. **Elias Laroza, Enrique**, “Ley General de Sociedades comentada”. Editora Normas Legales. 1998.
11. **Flores Miranda, María del Carmen**. “Impugnación de acuerdos de Sociedades Anónimas en la legislación peruana”. Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1991.
12. **Fernández Sessarego, Carlos**. “Derecho de las Personas”. Exposición de Motivos y comentarios al libro Primero del Código Civil Peruano”. Editorial Grijley. 8vª Edición actualizada. Lima, 2001.
13. **Garrigues, Joaquín**. “Curso de Derecho Mercantil”. Tomo I 7ma. Edición.
14. **Garrigues, Joaquín y Uría Rodrigo**. “Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas” Tomo I.
15. **Halperin, Isaac**. “Sociedades Anónimas”. Ediciones de Palma. 1975.
16. **Hundskopf Exebio, Oswaldo**. “El derecho de impugnación de acuerdos de Juntas Generales de Accionistas y su ejercicio a través de Acciones Judiciales”. En *Ius et Veritas*” Año VI N° 11.
17. **Jiménez de Parga, Rafael** “La impugnación de acuerdos sociales en la ley reguladora de la Sociedad Anónima. Estudios jurídicos sobre la Sociedad Anónima”. Editorial Civitas. Madrid 1995.

18. **Montoya Manfredi**, Ulises. "Derecho Comercial" Tomo I.
19. **Monroy Gálvez**, Juan, "El proceso en la Nueva Ley General de Sociedades". En *Ius et Veritas*. Año IX. Nº16.
20. **Nissen**, Ricardo. "Impugnación Judicial de Acuerdos y Decisiones Asamblearias" Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1989.
21. **Palau Ramírez**, Felipe, "Nulidad y Anulabilidad de acuerdos en la Junta General de Sociedades de Capital en la jurisprudencia española de la última década". En *Revista de Derecho Comercial*. Editorial Normas Legales. 2003.
22. **Rodríguez Villa**, Daniel. "Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Accionistas, Legislación, Doctrina y Jurisprudencia, según el nuevo Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas" 2ª Edición. Editorial Aranzadi.
23. **Siburu**, Juan B. "Comentario al Código de Comercio Argentino". Tomo V. Bs. Aires, 1923.
24. **Salas Sánchez**, Julio. "Algunas consideraciones sobre el Derecho de Impugnación de los Acuerdos de las Juntas de Accionistas". En *Revista de Instituto Peruano de Derecho Tributario*, Nº 14, Junio, 1988.
25. **Suarez Anzorena**, Carlos. "Impugnación Judicial de actos y decisiones Asamblearias" Ponencia presentada en las segundas jornadas nacionales de Derecho Societario, organizadas por la Universidad notarial Argentina. Buenos Aires, 1981.
26. **Uría**, Rodrigo. "Derecho Mercantil". Undécima Edición. Imprenta Aguirre. Madrid, 1976.
27. **Vega Mere**, Yuri, "La Asociación, La Fundación y el Comité en el Código Civil" En *Gaceta Jurídica*. Tomo 49. Diciembre, Lima, 1997.
28. **Vanasco**, Carlos, "Contribución al estudio de las acciones de impugnación de asambleas y de decisiones asamblearias en la ley 19550". Publicado en: "Revista Homenaje a la Inspección general de Justicia" con motivo de su 90º aniversario.

**29. Vásquez de Mercado, Oscar.** “Asambleas, Fusión y liquidación de Sociedades Mercantiles”.

## INTRODUCCION

El artículo 139 de nuestra Ley general de Sociedades (LGS) regula los llamados acuerdos impugnables<sup>3</sup>, siendo estos, aquellos cuyo contenido sea contrario a la Ley general de Sociedades, se opongan al estatuto o al pacto social o lesionen, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. En el mismo artículo se hace mención a los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en **la Ley**, o en el Código Civil. Sin embargo, el problema comienza cuando once artículos más adelante (artículo 150) se regula en la LGS la denominada **Acción de Nulidad**, que prevé: *“Procede la acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil. Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento. La acción de nulidad caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo”*.

Este artículo, el 150 de la LGS, nos remite al artículo 38 de la LGS, el mismo que preceptúa: *“Son nulos los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios (...)”*

---

<sup>3</sup> **Artículo 139°.- Acuerdos Impugnables** Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley. No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto. El juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente. En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe.”

Como se puede apreciar nuestra LGS, queriéndolo o no, nos coloca hasta ante cuatro supuestos para cuestionar la validez de los acuerdos societarios:

- e) La Impugnación de acuerdos propiamente dicha regulada en los supuestos previstos en el artículo 139 de la LGS
- f) La anulabilidad prevista en el segundo párrafo del artículo 139 de la LGS,
- g) La denominada Acción de Nulidad prevista en el artículo 150 de la LGS y
- h) La denominada nulidad de acuerdos societarios regulada en el artículo 38 de la LGS

De una lectura detenida de los artículos arriba referidos se puede invocar la acción de nulidad de acuerdos, con las ventajas que esto implica, baste recordar el mayor plazo, o la posibilidad de legitimación de un tercero, haciendo mención a las causales de impugnación de acuerdos propiamente dicha descrita en el literal a) precedente, lo cual hace muchas veces lírica su presencia en el ordenamiento jurídico y ante esto la jurisprudencia no ha tenido una respuesta clara. Esto se agrava cuando los operadores del derecho inclusive cuestionan la validez y eficacia de un acuerdo a través de las acciones ordinarias de Nulidad de Acto Jurídico con lo cual el panorama se vuelve aun más confuso.

Efectivamente, si el artículo 38 de la LGS, referido a la nulidad de acuerdos invoca como causales de nulidad la adopción de acuerdos contrarios a “las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios” , nos preguntamos ¿ Qué diferencia este listado, de las causales invocadas para la impugnación judicial de acuerdos previstas en el artículo 139 de la LGS?. Queda claro entonces que el tema es incierto y merece un estudio para mejorar su sistemática en la LGS..

En el caso de las personas jurídicas sin finalidad lucrativa (Asociaciones, Fundaciones, Comités) reguladas en nuestro Código Civil, no existen las

distinciones que han sido desarrolladas en nuestra LGS, estando la impugnación de acuerdos de Asambleas prevista en el artículo 92 del Código Civil en caso de violación de disposiciones legales o estatutarias y las razones de nulidad de actos derivados de las asambleas se rige por las causales de nulidad absoluta prescritas en el artículo 219 del Código Civil<sup>4</sup>, mereciendo, siendo un problema recurrente en las Personas Jurídicas, un desarrollo legislativo mas adecuado.

Si bien es cierto la nulidad de acuerdos propiamente dicha se encuentra regulada en el artículo 150° de la Ley General de Sociedades (LGS), esta institución se confunde y superpone en la práctica con la figura de la Impugnación Judicial de Acuerdos, la misma que se encuentra ordenada en el artículo 139 de la LGS. Similar confusión se presenta en el ordenamiento civil en el cual las causales de impugnación judicial de acuerdos prevista en el artículo 92 del Código Civil se asimilan con las de nulidad del Acto Jurídico previstas en el artículo 219 del Código Civil. En el formante jurisprudencial peruano existe también una superposición de conceptos cuando se habla de las causas para invocar la nulidad o la impugnación de determinado acuerdo en materia societaria, lo cual genera incertidumbre jurídica y se constituye en un obstáculo para el tráfico comercial. Se requiere de una sistematización de estos artículos que regule y distinga adecuadamente la nulidad e impugnación de acuerdos tanto en materia societaria como en el campo civil.

---

<sup>4</sup> **Art. 219.** El acto jurídico es nulo: 1) Cuando falta la manifestación de voluntad del agente, 2) Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, 3) Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable, 4) Cuando su fin sea ilícito, 5) Cuando adolezca de simulación absoluta, 6) Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad 7) Cuando la ley lo declara nulo 8) en Caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la Ley establezca sanción diversa.

## CAPITULO I.

### LAS INEFICACIAS NEGOCIALES: SU IMPORTANCIA EN LA NULIDAD DE ACUERDOS EN MATERIA CIVIL Y SOCIETARIA

La nulidad de acuerdos en material civil o societaria tiene como presupuesto o base esencial la Teoría de las **Ineficacias Negociales**, institución que viene ser el género de otras instituciones jurídicas que serían mas bien especies dentro de este gran marco conceptual (Juicio de Ineficacia). La **Ineficacia estructural** o también conocida como Invalidez comprende las “sub especies” como son la Nulidad, la Anulabilidad y, aunque discutible, la Rescisión. La **ineficacia funcional** comprende a la Resolución, la Suspensión, la Caducidad, la inoponibilidad. De otro lado, no se puede dejar de mencionar, que externamente a lo que se ha denominado el Juicio de Ineficacia, dentro del cual están las Ineficacias Negociales antes indicadas, está el denominado **Juicio de Irrelevancia**, dentro del cual se presenta una institución, que si bien no está reconocida en nuestro Código Civil es necesario comentarla debido a su importancia teórica y práctica, nos estamos refiriendo a **la Inexistencia**.

Los institutos jurídicos mencionados precedentemente constituyen un complejo conglomerado de conceptos que en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia aparecen con carencias en su sistematización, con excepción de algunos documentados trabajos de la doctrina nacional contemporánea<sup>5</sup>. Esta carencia de claridad conceptual dificulta muchas veces el trabajo de los operadores jurídicos, por lo que antes de comenzar a trabajar directamente el tema concerniente a la

---

<sup>5</sup> Revisese: **TABOADA CORDOVA**, Lizardo, “*Nulidad del Acto Jurídico*”, Editorial Grijley, Segunda Edición, 2002; “*Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*” Editorial Grijley, Primera Edición, 2002; **PALACIOS MARTINEZ**, Eric, “*La Nulidad del Negocio Jurídico*”, Jurista Editores, Lima, 2002; **LOHMANN LUCA DE TENA**, Juan Guillermo, “*El Negocio Jurídico*”, Editorial Grijley, Segunda Edición, 1994; **MORALES HERVIAS**, Rómulo, “*Estudios sobre Teoría General del Negocio Jurídico*”, ARA Editores, 2002; **ESPINOZA ESPINOZA**, Juan, “*Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*” Fondo Editorial de la PUCP, 2005; **ESCOBAR ROZAS**, Freddy, “*Código Civil Comentado*”, Tomo I, Gaceta Jurídica, 2003.

Nulidad de acuerdos en materia asociativa (arts. 92 y ss. del Código Civil –C.C.) y a la Nulidad de acuerdos en materia societaria (art. 150 de la Ley General de Sociedades - LGS), considero pertinente adentrarme en principio en el mundo de las Ineficacias Negociales (y también de la Inexistencia). Para este esfuerzo previo es conveniente definir y diferenciar algunas figuras jurídicas que corresponden al campo del Negocio Jurídico, pero que sin embargo deben ser tratados en el presente apartado a fin de, posteriormente, poder comprender con mayor solidez la institución de Nulidad de acuerdos en materia civil y societaria, tema que ha sido abordado casi siempre desde el punto de vista comercial pero que sin embargo corresponde a la materia civil delimitar los conceptos acerca de este instituto tan relevante en el mundo del Derecho Privado y también, bajo otros criterios, en el del Derecho Público.

Las instituciones que a continuación serán desarrolladas genéricamente constituyen para algunos el momento patológico del Negocio Jurídico, es decir la etapa en la cual se priva de efectos al Negocio, como en el caso de la Nulidad, donde inclusive se puede dar la Conversión del Negocio Jurídico o en la Anulabilidad en donde se puede llegar a la confirmación del Negocio Jurídico. En el supuesto de la inexistencia consideramos que no se priva de efectos al negocio porque sencillamente no se presenta tal negocio. Sin embargo antes de desarrollar el estadio patológico del Negocio Jurídico es importante desarrollar lo concerniente a la Estructura del Negocio a fin de poder comprender con mayor claridad cuando el Negocio es atacado y privado de sus efectos, es decir que en caso los elementos, presupuestos o requisitos del Negocio estén ausentes o viciados, el ordenamiento jurídico responde a través de las Ineficacias Negociales o en todo caso con la Inexistencia (Juicio de Irrelevancia).

## **1. LA ESTRUCTURA DEL NEGOCIO JURÍDICO**

Entendemos la estructura como el “arreglo o disposición de las diversas partes de un todo”<sup>6</sup>. Podemos decir que los negocios jurídicos, que serían el todo, tienen diversas partes o componentes, es decir tienen una estructura conformada por diversos aspectos: los elementos, los presupuestos y los requisitos<sup>7</sup>.

## ASPECTOS DE LA ESTRUCTURA DEL NEGOCIO JURÍDICO

### 1.1. LOS ELEMENTOS:

Los elementos se entienden como los componentes del negocio jurídico, es decir todo aquello que conforma el negocio jurídico celebrado por los sujetos. En tal sentido, se entiende modernamente como los únicos elementos comunes a todo negocio jurídico a dos: la ***declaración o manifestación de voluntad y la causa o finalidad***.

#### a. Declaración o manifestación de voluntad

Este concepto aparece para explicar el negocio jurídico, siendo tomado por los franceses (que hablan de acto jurídico) que consideraron de tal importancia la manifestación de voluntad que lo identificaron con el concepto de acto jurídico. Esta doctrina influenció en nuestro Código Civil, prueba de ello se aprecia en lo prescrito por el artículo 140 del Código Civil (CC) que identifica acto jurídico con manifestación de voluntad. En la actualidad esta doctrina se entiende superada, puesto que la doctrina mayoritaria considera que si bien la manifestación de voluntad juega un papel predominante en la formación de actos jurídicos, no es el

---

<sup>6</sup> Diccionario LAROUSSE ilustrado, por Ramón García Pelayo y Gross, Ediciones Larousse, 1995. Sinónimo Composición.

<sup>7</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo, “*Nulidad del Acto Jurídico*”, Editorial Grijley, Segunda Edición, 2002, p. 35. El referido autor, uno de los mas importantes referentes en materia de Negocio Jurídico expresa: “No debe olvidarse que cuando nos referimos a la celebración o formación de un acto jurídico nos estamos refiriendo al momento en el cual se conforma o compone el acto jurídico por la concurrencia de todos los aspectos de su estructura, bien se trate de sus *elementos, presupuestos y requisitos*”, Op. cit. p. 30. Respecto a la ineficacia comenta: “Sin embargo, no basta que se trate de una causal de ineficacia que se presenta al momento de la formación, sino que además de ello es necesario que la causal suponga un defecto en la estructura del acto jurídico. En otros términos, todos los supuestos de ineficacia estructural, como su propio nombre lo indica claramente, suponen un acto jurídico mal formado, mal estructurado, con un defecto congénito, de modo tal que se trate de un acto jurídico con un defecto intrínseco”. Op. cit. p. 31.

negocio jurídico en sí mismo, sino que sólo constituye un elemento del mismo, que conjuntamente con otros elementos, presupuestos y requisitos (forman la estructura del negocio) van a dar como resultado la creación de un negocio jurídico.

Ello encuentra lógica al concebir a la manifestación de voluntad como aquella exteriorización del querer interno de los sujetos de derecho, que tiene por finalidad producir efectos en el plano jurídico en perfecto uso de su autonomía privada. Tomando las palabras de Emilio Betti: “La declaración, por tanto, tiene naturaleza preceptiva o dispositiva, y en consecuencia, carácter vinculante; el comportamiento tiene igualmente, por sí, tal carácter.[...] disposición con la que el individuo dicta reglas a sus relaciones con otros ya que alcanza, una trascendencia esencialmente social y una eficacia operativa propia, no válida en otra forma; eficacia, que primero lógicamente despliega sobre el plano social y después, merced a la sanción del derecho, está destinada a producirse también sobre el jurídico”<sup>8</sup>.

Tal definición establece que si bien la manifestación de voluntad se encuentra destinada a la producción de efectos jurídicos, tal término va más allá, porque la esencia verdadera de la exteriorización de voluntad consiste en la autorregulación, en la creación de normas, que tendrán efectos *inter partes*, esta noción complementa la anterior, ya que aquí se toma en cuenta la autonomía privada. Así, autorizada doctrina nacional establece que por la manifestación de voluntad debemos entender “la exteriorización de un hecho psíquico interno, que consciente y voluntariamente trasciende del individuo y surte efectos ante terceros con valor expositivo, aunque estuviera lejos del ánimo del agente el querer producir tales efectos.”<sup>9</sup>. Renato Scognamiglio en su señero trabajo de

---

<sup>8</sup> BETTI Emilio, “*Teoría General del Negocio Jurídico*”, Granada, Editorial Comares, S.L., 2000, p. 58.

<sup>9</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, “*El Negocio Jurídico*”, Segunda Edición, Lima, 1994, p. 102.

investigación, recientemente traducido para nuestro país<sup>10</sup> nos dice que “cuando se habla de “declaración” en sentido técnico se hace referencia –y lo precisaremos mejor enseguida- a una forma peculiar, y no a la forma en general o, según la concepción tradicional, a la exteriorización de la voluntad”<sup>11</sup>. Esto se complementa cuando señala: “Según autorizada opinión de Manigk, la declaración de voluntad se contrapone a la simple exteriorización (*Willensauserung*), atendiendo al fin de notificación que anima a la primera”<sup>12</sup>

## b. La causa y finalidad

Resulta necesario aclarar que la doctrina no encuentra consenso en relación a la definición de causa, puesto que autores como Emilio Betti identifican a la causa como la función económico social del negocio. Señala el maestro Betti que los elementos del negocio son también elementos de su causa, como función típica. Al respecto Lizardo Taboada en el mas completo trabajo que se ha desarrollado en el país sobre la causa (y probablemente en América Latina), expresa sobre la posición del maestro italiano, “Ello es así justamente porque Betti considera que la causa, antes que todo, es una noción social y extrajurídica. En tal sentido es obvio que si decimos que la causa es la función netamente social, llegamos a confundirla con la totalidad de los elementos del negocio, por cuanto la función estrictamente social es el resultado de todos los elementos de cada negocio jurídico, según su uso constante en la realidad social”<sup>13</sup>. El concepto de causa en

---

<sup>10</sup> **SCOGNAMIGLIO**, Renato, “*Contribución a la teoría del Negocio Jurídico*” Edición, traducción y notas de LEON L. Leysser, Prólogo de Pietro Rescigno. Editorial Grijley, 2004.

<sup>11</sup> **SCOGNAMIGLIO**, Renato, “*Contribución a la teoría del Negocio Jurídico*”, Op. cit. p. 282

<sup>12</sup> **SCOGNAMIGLIO**, Renato, “*Contribución a la teoría del Negocio Jurídico*”, Op. cit. p. 284. Este autor mas adelante nos refiere las teoría en materia de manifestación de voluntad: “Como es sabido, hay dos teorías que prevalecen en relación al criterio distintivo de las declaraciones: una de ellas es la subjetiva, según la cual debe tenerse en cuenta el propósito del agente, de efectuar una declaración (de voluntad), propósito que no estaría presente en la declaración tácita; la otra es la objetiva, según la cual se toman en consideración los medios a través de los cuales se efectúa la manifestación, y se distingue entre comportamientos destinados a exteriorizar una determinada voluntad y hechos concluyentes a través de los cuales es posible deducir la voluntad”, Op. cit. p. 287

<sup>13</sup> **TABOADA CORDOVA**, Lizardo, “*La Causa del Negocio Jurídico*” Editorial Grijley, 1996, p. 638. Este autor haciendo un análisis histórico de la causa del negocio, expresa “ La causa según la concepción clásica

su aspecto objetivo establece que: "(...) a pesar de reconocer que la causa es la función social, socialmente digna y razonable, en nuestra construcción la causa es una noción jurídica que tiene el significado de social"<sup>14</sup>. El aspecto subjetivo de la causa permite la incorporación de los motivos concretos y determinantes de los sujetos, cuando los mismos se conviertan en la base o razón exclusiva del Negocio jurídico como "*...una razón práctica típica inmanente a él, [...] un interés social al que aquella responde*". Es decir se concibe a la causa con su finalidad práctica impuesta por el ordenamiento jurídico (causa objetiva), y otros autores conciben a la causa como aquella finalidad subjetiva, perseguida por las partes que realizan el acto jurídico en concreto (causa subjetiva).

Esto es, si tomamos en consideración la primera concepción diríamos que en un contrato de compra - venta de vehículo, la causa viene a ser la propia compra venta, pero si asumimos la posición de causa desde el punto de vista subjetivo, aceptaríamos que en el ejemplo antes propuesto, la causa sería la finalidad perseguida por las partes, esta es realizar un contrato de compraventa para la obtención de un beneficio (ya sea la propiedad del auto o la obtención del dinero) y satisfacción de sus necesidades; en realidad nosotros no observamos una contraposición entre ambas causas, ya que tanto la subjetiva como la objetiva, se complementan, puesto que al celebrar las partes un contrato de compra venta de un auto la finalidad perseguida por las partes será la de lograr, por un lado la adquisición de la propiedad de dicho bien y por otro lado la finalidad del vendedor será el de recibir una determinada suma de dinero en contraprestación al bien otorgado; y así mismo el ordenamiento jurídico estará conforme, puesto que, con la celebración de tal acto jurídico se ha cumplido con la finalidad del contrato de compra venta de conformidad con las reglas impuestas por el sistema jurídico, contrato que dentro del mercado asumirá un papel trascendental, es decir

---

no es sino el fin inmediato y directo, o el motivo abstracto, por el cual el deudor asume o contrae una obligación, siempre idéntico, en todos los contratos de una misma categoría." p. 646. Así también señala "En este sentido, según la teoría clásica la causa se identifica con el motivo abstracto, siempre igual en todos los contratos de una misma naturaleza, sean estos contratos sinalagmáticos, reales o contratos a título gratuito" p. 647.

<sup>14</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo, Op. cit. p. 638

mientras que la causa subjetiva apunta al interés de las partes, la causa objetiva apunta a mantener una seguridad y coherencia lógica - sistemática de todo el ordenamiento jurídico, social, y económico.

Lohmann Luca de Tena afirma que: "...la causa subjetiva, o finalidad común y compartida por las partes en un determinado negocio, siempre habrá de coincidir con una causa objetiva o legal con determinadas consecuencias de Derecho. Es decir que la finalidad de los intereses que las partes regulan al obligarse, encuentre su cauce y marco adecuado en una causa legal que la recoge y la regula"<sup>15</sup>. Así también este autor define la causa objetiva como "...el propósito concreto de cada tipo de negocio que produce un resultado social determinado, al cual ha de adecuarse su contenido y la finalidad que las partes pretenden conseguir con el mismo"<sup>16</sup>.

Si bien ésta no es la sede para desarrollar el tema de la causa permítasenos decir que el Profesor Taboada critica la concepción de Emilio Betti de la causa como función económico social al considerar esta posición, innovadora en su momento, como no acorde con los tiempos actuales, pues no solamente deben considerarse los intereses sociales sino también los intereses individuales socialmente necesarios y los individuales que sean dignos y razonables.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, *"El Negocio Jurídico"*, Op. cit. p. 95.

<sup>16</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, : *"El Negocio Jurídico"*, Op. cit. p. 96.

<sup>17</sup> Así el profesor Taboada señala: "Por ello es que nosotros hemos criticado esta concepción sobre la causa, al no dar protección legal a los intereses individuales socialmente necesarios, ni a los intereses estrictamente individuales, considerados socialmente razonables o dignos", Op. cit. p 653. Mas adelante indica: "En términos mas precisos, no se puede aceptar dentro del ámbito de los negocios atípicos o innominados, únicamente a los que tengan una tipicidad social, no se puede desconocer la posibilidad de los particulares de celebrar negocios o contratos atípicos que respondan exclusivamente a una creación de los mismos", Op. cit. p.657. Sigue manifestando: "De este modo, la causa objetivamente podrá ser considerada como la función social del negocio jurídico, teniendo en cuenta las tres clases de funciones sociales que la misma comprende: La función socialmente útil, la función socialmente necesaria y la función socialmente razonable (...)" Op. cit. p p. 658. Finalmente dice: "En conclusión, nuestro concepto de causa está referido a la función socialmente digna, oportuna, razonable, seria, que responde al interés de la colaboración social y de la protección de los sujetos mismos que han celebrado el negocio jurídico, evitando el abuso de la parte más fuerte. Dignidad y oportunidad social que deberá ser apreciada en consideración al ambiente social vigente, esto es, en base a la valoración objetiva del ambiente social", Op. cit. p. 665

## 1.2 LOS PRESUPUESTOS: EL OBJETO Y SUJETO

La doctrina moderna hace referencia a los presupuestos, los cuales se definen como los antecedentes o términos de referencia, es decir todo aquello que es necesario que preexista para que el acto jurídico pueda celebrarse o formarse.

La idoneidad del objeto es entendida como la aptitud de los intereses sobre los que el negocio vierte para recibir el orden o reglamentación práctica que aquel se propone.”<sup>18</sup>

Autorizada doctrina nacional señala que “Desde otro punto de vista, tampoco conviene identificar el objeto con el contenido concreto de un negocio, porque tal acepción de contenido se confunde con la configuración o regulación normativa propia del negocio singular”<sup>19</sup>. “El objeto, pues, no debe ser confundido con la prestación en los negocios obligacionales y el nuevo Código ha sabido diferenciarlos adecuadamente: Si bien es cierto que en un plano teórico no es difícil observar la distinción, en la práctica no ocurre de igual manera porque la generalidad de los casos cuando el objeto es una cosa, se presta mas atención a ésta, como materia de la prestación, sin advertir que el primer objeto fue precisamente obligarse a tal prestación”<sup>20</sup>

Se concluye que el objeto del acto jurídico es la prestación en las relaciones jurídicas obligatorias, y no los bienes ni materiales, ni inmateriales, esto es, ni las cosas, ni los derechos que originará la realización de determinado acto jurídico, ya que tales bienes sólo serán transferidos de una esfera jurídica a otra y en tal caso no se debe hacer referencia a posibilidad, sino a determinabilidad (requisito de los actos jurídicos); y ello resulta congruente, puesto que, al regular el Código Civil, la posibilidad física y jurídica del objeto se refiere a si la conducta a realizar o

---

<sup>18</sup> BETTI, Emilio: “*Teoría general del Negocio Jurídico*”, Op. cit. p. 209 y 210.

<sup>19</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Op.cit. p. 75

<sup>20</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Op.cit. p. 76

realizada, por las partes resulta posible de darse en la realidad y si resulta aceptado por el derecho.

En cuanto al **sujeto** como presupuesto del acto jurídico, se hace referencia a aquel sujeto de derecho. Así Emilio Betti señala que: “Los presupuestos de validez del negocio se agrupan en tres categorías según que afecten: 1º al *sujeto* del negocio, o 2º al *objeto* del negocio, en sí considerados, o bien, 3º a la *situación del sujeto respecto al objeto*. En la primera hipótesis se trata de **la capacidad**, en la segunda de la *idoneidad del objeto*, en la tercera de la *legitimación* para el negocio”<sup>21</sup>. Se entiende por capacidad aquella “ aptitud intrínseca de la parte para dar vida a negocios jurídicos; legitimación es la aptitud para hacer surgir negocios jurídicos que tengan un determinado objeto, en virtud de una relación en que la parte se encuentra, o se pone con el objeto del acto. (...) Capacidad y legitimación serían dos formas de la aptitud para realizar actos jurídicos; solo que la capacidad debería ser entendida como idoneidad natural, la legitimación en cambio como idoneidad adquirida. La capacidad, en suma, como aptitud del hombre considerado como individuo, la legitimación como aptitud del hombre considerado en el seno de la sociedad”.<sup>22</sup>

### **1.3. LOS REQUISITOS: CAPACIDAD LEGAL DE EJERCICIO, CAPACIDAD NATURAL, LICITUD, POSIBILIDAD FÍSICA Y JURÍDICA DEL OBJETO, DETERMINACIÓN EN ESPECIE Y CANTIDAD, VOLUNTAD SOMETIDA A PROCESO NORMAL DE FORMACIÓN**

La doctrina a hecho una clasificación tomando como referente el precepto o la prestación y los bienes. Así se señala: “**a) Respecto del precepto y, en su caso, de la prestación:** a) licitud; b) posibilidad física (sólo de la prestación o de la ejecución); c) posibilidad jurídica; d) determinabilidad. **b) Respecto de bienes** (en ancho sentido, incluyendo derechos) : a) posibilidad física, cuando no sean de

<sup>21</sup> BETTI, Emilio, Op. cit. p. 192

<sup>22</sup> BETTI, Emilio, Op. cit. p. 193-194

naturaleza inmaterial; b) posibilidad jurídica; d) determinabilidad”<sup>23</sup>. La **Capacidad** jurídica es “la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas y la capacidad de ejercicio es la aptitud para ponerlas en actuación. Ambas constituyen el momento estático y dinámico de la categoría jurídica denominada sujeto de derecho”<sup>24</sup>. El mismo Juan Espinoza ya en el año 1996 comentaba la identidad entre los conceptos de *Subjetividad, Personalidad y Capacidad*.<sup>25</sup>

La capacidad de las personas físicas, como es clásico puede ser definida como la cualidad, aptitud o idoneidad legal de toda persona – por el solo hecho de serlo- que le permite ser sujeto de derechos y obligaciones; es decir, posibilidad de ser parte de relaciones jurídicas<sup>26</sup>. La capacidad de ejercicio o de obrar es el aspecto dinámico de la de goce, y en virtud de la cual el sujeto, en ejercicio de su libertad, actúa su personalidad para producir por su propia voluntad efectos jurídicos válidos para sí o para otros, ejerciendo derechos y cumpliendo obligaciones , responsabilizándose directamente de su conducta<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, “ *El Negocio Jurídico* ” p. 79.

<sup>24</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “ *Derecho de las Personas* ” Gaceta Jurídica, Cuarta Edición, 2004, p. 523

<sup>25</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “ *Ensayos sobre Teoría General del Derecho y los Derechos de las Personas* ” Estudios comparativos de circulación de modelos jurídicos. Editorial Huallaga 1996, p. 168 y ss. El profesor Espinoza Espinoza perfecciona los comentarios de la obra citada en su libro sobre Derecho de Personas, Op. cit. p. 528 y ss., señalando: “ (...) En efecto cuando se habla de subjetividad (o de sujeto de derecho) se alude a un centro de referencia normativo, vale decir, a la titularidad de un complejo de derechos y deberes. Por ello se afirma que “el nexo que vincula las dos ideas, de capacidad jurídica y subjetividad jurídica, es tan evidente e intrínseco que hace aparecer, inmediatamente clara y no necesaria de demostración alguna, la necesidad de fundar la primera sobre la segunda: de derivar la capacidad de los modos de ser mas generales y constantes del sujeto jurídico (FALZEA). La *titularidad* – en tanto situación actual y efectiva – comprende en sí la aptitud para ser titular. Titularidad y aptitud son dos momentos que no pueden ser concebidos separadamente. La una supone inevitablemente a la otra y de consecuencia, su distinción conceptual no es correspondiente con los datos que nos ofrece la experiencia jurídica. La personalidad ha sido considerada como la aptitud para ser sujeto de derecho, entendiéndose a esta como un concepto mas amplio que el de la capacidad jurídica, dado que esta última era concebida como medida de la primera (DUSI). Otros consideran estos dos términos como sinónimos (FERRARA). Sobre otro plano, el concepto de personalidad es entendido como un valor (PERLINGIERI). La noción de personalidad -aptitud se justifica en un contexto donde existe identidad entre los conceptos de subjetividad y persona, pero frente a los sujetos de derecho que no necesariamente son personas (concebido, organizaciones de personas no inscritas) ésta deviene insuficiente. *Por consiguiente, existiendo identidad conceptual entre subjetividad, personalidad (al menos en parte) y capacidad, creo oportuno prescindir del uso de estos dos últimos términos dado que responden a una concepción de la presencia del hombre en la experiencia jurídica asaz diversa respecto de aquella de nuestros días*”

<sup>26</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, “ *El Negocio Jurídico* ” p. 65

<sup>27</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, “ *El Negocio Jurídico* ” p. 66

Concluimos expresando que la subjetividad, la capacidad (entendida como capacidad de obrar, que sería la única), y en su caso la legitimación constituyen caracteres que están en la periferia del negocio; son pues requisitos o antecedentes que se incorporan al negocio por acción del sujeto participante en el mismo. No forman parte, en consecuencia, de la estructura del negocio, pero influyen sobre la producción de sus efectos.

De otro lado la **Licitud** del precepto de voluntad declarado o de la conducta que es regulada por el negocio constituye un requisito del mismo, porque no son dignos de protección jurídica cuando vulneran el orden público, las normas imperativas o las buenas costumbres, o vulneran derechos de terceros, o en que estén proscritas por la ley. Díez Picazo, haciendo mención al Código Civil Español señala que: “El artículo 1.276 C.C. sanciona con la nulidad absoluta el negocio que se fundamenta en una causa ilícita, aclarando que es ilícita cuando se opone a la ley o a la moral. La causa se opone a la ley tanto si el negocio se celebra contra lo dispuesto en la misma (bien directamente, bien mediante un “rodeo” que configure un fraude al espíritu de la ley), o cuando vulnera principios inspiradores del orden jurídico y de la vida comunitaria”.<sup>28</sup>

La **Posibilidad Física** “está dada por la adecuación de la conducta o del bien a las leyes de la naturaleza o premisas físicas adoptadas. (...) Para ser causa de invalidez la imposibilidad física debe ser **absoluta**, tanto de bienes como de conductas(...). La imposibilidad física actual de los bienes no es obstáculo para la validez del negocio, si razonablemente puede tener realidad futura. Así se acepta la venta o pacto sobre cosas futuras o incluso sobre derechos (con excepciones, como la de la herencia futura- art. 1405 C.C.)”<sup>29</sup>. La **Posibilidad Jurídica** a veces es confundida con la licitud, sin embargo esto no es correcto ya que mientras la licitud se sustenta en un aspecto valorativo, la posibilidad jurídica se fundamenta en la “naturaleza de las instituciones jurídicas, o en la calificación jurídica objetiva

---

<sup>28</sup> **DIEZ PICAZO Y ANTONIO GULLON**, “ *Sistema de Derecho Civil*” Volumen I, Editorial Tecnos, Décima Edición, 2002, p. 489.

<sup>29</sup> **LOHMANN LUCA DE TENA**, Juan Guillermo, “ *El Negocio Jurídico*” p. 81

de ciertos bienes o conductas, o en otras consideraciones (art. 925 C.C.), por ejemplo la Hipoteca sobre bienes muebles”<sup>30</sup>.

La **Determinabilidad** consiste en la posibilidad de establecer o identificar la prestación que se va a efectuar, o sea, la actitud positiva o negativa del sujeto de derecho; o el bien sobre el cual recae determinado interés. “La medida de la determinabilidad está en función del tipo de negocio de que se trate; las conductas siempre admitirán una mayor posibilidad de incertidumbre que las cosas. Estos criterios serán objetivos (espacio, tiempo, lugar, precio máximo o mínimo, género, especie, tarifas, etc.) o subjetivos, cuando queden al arbitrio de una de las partes o de un tercero”<sup>31</sup>.

## **II INEFICACIA ESTRUCTURAL O INTRÍNSECA, EL FENÓMENO DE LA INVALIDEZ DEL NEGOCIO JURIDICO Y LA INEFICACIA FUNCIONAL O EXTRINSECA**

Como hemos indicado precedentemente es importante a efectos de poder comprender con mayor certeza e idoneidad el instituto de la nulidad de acuerdos, previsto en el artículo 150 de la LGS, así como en los arts. 38 y 139 del mismo cuerpo legislativo, y en el art. 92 del C.C., determinar con la mayor precisión posible los límites de cada una de estas figuras conceptuales del Negocio Jurídico. Ya en algo avanzamos analizando muy someramente la estructura de el Negocio Jurídico. Como lo indicamos líneas arriba existen en el medio nacional algunos trabajos serios que tratan a profundidad los conceptos vinculados a la Ineficacia y sus especies. Es necesario tener claridad o por lo menos una aproximación conceptual en materia de Ineficacias Negociales pues sin lugar a dudas esto allanaría el trabajo y nos proporcionaría herramientas necesarias para poder

---

<sup>30</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, “ *El Negocio Jurídico* ” p. 82

<sup>31</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, “ *El Negocio Jurídico* ” p. 82

investigar con mayor profundidad y certeza la nulidad o impugnación de acuerdos en material civil y societaria.

Tal como lo hemos hecho precedentemente al aproximarnos a la sistematización de la estructura del Negocio Jurídico para contar con un sustento sobre el cual poder comprender con mayor didáctica los aspectos patológicos del Negocio Jurídico, considero necesario y útil dar una visión aproximativa de la Ineficacia Estructural también conocida como Invalidez y de la Ineficacia funcional o ineficacia en sentido estricto.

Se dice que **La ineficacia** es ante todo una sanción<sup>32</sup>. Díez Picazo critica al sector de la doctrina que distingue entre invalidez (falta alguno de los elementos, está viciado o carece de presupuestos del tipo de negocio a que pertenece) e ineficacia en sentido estricto (impide su eficacia una causa extrínseca), alegando que “ tal distinción no parece admisible. No es lo mas grave la arbitrariedad de la terminología, puesto que ineficaz tiene que ser siempre el negocio inválido por lo que invalidez e ineficacia serían conceptos iguales”. Y concluye indicando: “ Es que, además, en la mayor parte de los casos en que se habla de ineficacia en sentido estricto no la hay, sino por el contrario, expresión mas cumplida de la eficacia del negocio: así por ejemplo, cuando se cumple una condición o se resuelve o se revoca un negocio. En todos estos casos el negocio es plenamente eficaz, despliega toda su eficacia. Lo único que ocurre es que la reglamentación negocial pierde en un momento sucesivo su vigencia. No hay ineficacia , sino extinción sobrevenida de la relación o situación negocial”<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> **DIEZ PICAZO Y ANTONIO GULLON**, Op. cit. p. 533. Así comienza este clásico autor español el apartado 40 de su prestigiado tratado bajo el subtítulo “LA INEFICACIA EN SENTIDO GENERAL”. Así el autor citado señala: “ Si por sanción entendemos la reacción del ordenamiento jurídico ante una infracción se comprende enseguida porqué la ineficacia se sitúa dentro del repertorio de sanciones que el orden jurídico aplica al negocio jurídico irregular. La irregularidad del negocio jurídico es una cierta disconformidad entre el negocio tal y como es previsto por el ordenamiento jurídico (tipo negocial) y el negocio jurídico tal y como ha sido realizado (negocio real, realidad negocial). Esta discrepancia entre la realidad y la tipicidad negocial entraña una infracción, puesto que, por hipótesis, la norma jurídica ordena el mas perfecto ajuste entre ambas categorías.”

<sup>33</sup> **DIEZ PICAZO Y ANTONIO GULLON**, Op. cit. p. 533

Se habla de ineficacia del Negocio en sentido lato o amplio para definir todas las hipótesis en las cuales sus efectos no se producen, o están llamados a decaer en un momento posterior<sup>34</sup>. Consideramos que la distinción de las distintas conceptualizaciones derivadas de la Ineficacia, si bien es cierto pueden parecer un esfuerzo teórico que “no aterriza en la realidad” son importantes, pues no sólo permiten una mejor sistematización dentro de la Teoría de las Ineficacias en particular y del Negocio en general, sino que también alcanzan a tener relevancia de carácter práctico. Así Scognamiglio<sup>35</sup> señala que “(...) una distinción de la ineficacia en diferentes figuras se justifica y es incluso necesaria, teniendo en cuenta también la relevancia peculiar que presenta el Contrato y su eficacia compleja, delante de la cual se pueden concebir, tal como lo enseña la experiencia del derecho, distintos medios de reacción, según las varias anomalías en que puede caer el contrato caso por caso”.

La doctrina moderna aspira a darse cuenta de la importancia autónoma del fenómeno de la Ineficacia y, mas todavía, de la necesaria distinción de varias de sus figuras (inexistencia, invalidez, ineficacia en sentido estricto)<sup>36</sup>.

STOLFI<sup>37</sup> define la ineficacia de los Negocios Jurídicos indicando que “al contrario que la invalidez, que es la consecuencia de un acto afectado total o parcialmente en su íntima constitución, la ineficacia supone un negocio jurídico válidamente formado y, por consiguiente, susceptible de ejecución, pero que carece de efectos o que le priva de ellos un hecho posterior, tal vez extraño a la voluntad de las partes. No es posible encerrar en una sola fórmula las distintas hipótesis, y menos establecer en general sus características y consecuencias”.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> SANTORO – PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1959, pp. 235 y ss, citado por SCOGNAMIGLIO, Renato, en *Teoría General del Contrato*, Universidad externado de Colombia, traducción de Fernando Hinestrosa segunda reimpresión, 1996, p. 225.

<sup>35</sup> SCOGNAMIGLIO, Op. cit. p. 226

<sup>36</sup> SCOGNAMIGLIO Op. cit. p. 226

<sup>37</sup> STOLFI, Giuseppe, *Teoría del Negocio Jurídico*. Traducción y notas del derecho español por Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid., pp. 123 y ss.

<sup>38</sup> STOLFI, Op. cit. p. 123 señala que “ la ineficacia, en fin, puede depender de eventos de la más variada índole que de darse y hechos valer por el interesado en forma legal hacen perder al negocio su eficacia propia y que habría tenido y conservado si dichas circunstancias no se hubieren verificado o no se hubiesen

Asimismo el autor citado desarrolla un acápite referido a los denominados “negocios impugnables”<sup>39</sup>, en el cual establece que “aunque de los actos simplemente ineficaces no puede siquiera establecerse una teoría general por ser muy diversas las causas a que obedecen, sí pueden, en cambio, enunciarse las normas comunes a los actos denominados impugnables que se forman y hasta se perfeccionan válidamente y producen sus efectos propios, pero que después quedan privados de efectos por causas extrínsecas y de la más variada naturaleza”<sup>40</sup>.

En el mismo sentido Emilio Betti<sup>41</sup> al hacer la distinción entre invalidez e ineficacia señala la importancia de diferenciar ambos conceptos, específicamente entre la invalidez y la ineficacia en sentido estricto, abogando por una mejor sistematización de tales instituciones jurídicas en beneficio de un mayor desarrollo de la Teoría del negocio y de permitir una mejor instrumentalización de tales conceptos en la resolución de situaciones reales<sup>42</sup>.

---

invocado: p. Ej. En el caso en que el comprador no haya pagado el precio, o que el donatario haya incurrido en causa de ingratitud, o que al testador o al donante le hayan sobrevenido hijos, que el acto haya sido concertado en fraude de acreedores del obligado, que el contrato conmutativo sea afectado de una notoria desproporción entre lo que uno da y lo que recibe, etc. En estas hipótesis es usual hablar de “negocios impugnables” para indicar con una forma comprensiva y genérica que mediante la oportuna sentencia pueden ser resueltos o revocados, rescindidos o reducidos, de suerte que el pronunciamiento del juez priva normalmente de eficacia a un acto normalmente constituido, ya que no venía afectado en su estructura interna”. (el subrayado es mío)

<sup>39</sup> STOLFI, Op. cit. p. 124-126.

<sup>40</sup> Una de estas causas extrínsecas es “el fraude en perjuicio de los acreedores, que produce la revocación del acto oneroso o gratuito, (artículo 2901 y ss. del CC. Español) mediante el cual el deudor quedó insolvente”. STOLFI Op. cit. p. 125. El autor repara en que los negocios impugnables tiene mucha semejanza con los anulables y al mismo tiempo se distinguen de éstos por diversas causas, de modo que no sería exacto asimilarlos completamente. La semejanza radica en que los actos impugnables, al igual que los anulables, producen sus efectos hasta que sean privados de eficacia. Esto se deduce del hecho de que ambos negocios se constituyen válidamente de manera que para pedir que tengan eficacia o para producir los efectos ya producidos es preciso hacer valer- comúnmente en juicio- la causa específica de impugnación establecida por el legislador. (...) La ineficacia del negocio se produce generalmente por sentencia judicial, salvo en caso de contrato bilateral por incumplimiento, para el cual es suficiente, si la parte así lo prefiere, la declaración del contratante fiel al negocio de que éste queda disuelto de derecho si el deudor persiste en el incumplimiento una vez terminado el plazo fijado en la intimación a pagar.

<sup>41</sup> BETTI, Emilio, “Teoría General del Negocio Jurídico”, Op. cit. p. 405

<sup>42</sup> Al respecto BETTI, Op. cit. p. 405, señala: “De aquí la distinción elaborada por la doctrina entre *invalidez* e *ineficacia* en sentido estricto. Alguno niega que esta distinción sea operante y útil. Y se puede convenir en que su utilidad es, al menos predominantemente expositiva y sistemática, el negocio nulo no es ineficaz de manera distinta al ineficaz en sentido estricto. **Pero la distinción, aun si su cometido sea únicamente**

Un sector de la doctrina nacional en un desarrollado trabajo sobre la nulidad del negocio jurídico<sup>43</sup>, otorga la importancia necesaria al denominado “Sistema de Ineficacias negociales”<sup>44</sup> señalando que “un negocio es ineficaz, en una manera amplia de valorar la ineficacia, cuando los efectos concordados a su tipo no se verifican. La ineficacia puede ser producida por muy diversas causas, por lo que se hace necesario sistematizar aquellas, en vista, ante todo, a su actuar sobre los efectos de distinta naturaleza producidos por el negocio jurídico. Se desea así llegar a un adecuado estudio sistemático de los fenómenos de carencia de efectos negociales, extrayendo los principios comunes a partir de la anomalía concreta en que puede caer el negocio, caso por caso. Así, el autor citado graficando el “sistema de ineficacias negociales” lo desagrega en dos planos, uno referido a la **INTRASCENDENCIA** (juicio de irrelevancia) en donde se desarrolla la **INEXISTENCIA**, y el segundo formado por **LA INEFICACIA EN SENTIDO AMPLIO** (juicio de ineficacia) la misma que a su vez se bifurca en **INVALIDEZ** (NULIDAD, ANULABILIDAD Y RESCISIÓN) e **INEFICACIA EN SENTIDO ESTRICTO** (RESOLUCIÓN, SUSPENSIÓN, CADUCIDAD, INOPONIBILIDAD, etc.)<sup>45</sup>

---

**aportar orden y claridad al estudio de los varios y complejos fenómenos de la ineficacia del negocio jurídico es siempre igualmente indispensable.** (...) Se denomina inválido, propiamente, en el que falte o se encuentre viciado algunos de los elementos esenciales, o carezca de uno de los presupuestos necesarios al tipo de negocio al que pertenece. Invalidez es aquella inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos por el dispositivo de la norma jurídica y es, conjuntamente, la sanción del deber impuesto a la autonomía privada. Se califica, en cambio, de simplemente ineficaz el negocio en que están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez cuando, sin embargo, impida su eficacia una circunstancia de hecho extrínseca a él. Aunque extrínseca al negocio, la circunstancia que determina la ineficacia es siempre de aquellas que la conciencia social y la ley toman en cuenta, ya a) en orden al funcionamiento práctico del negocio, ya b) atendiendo a los límites sociales que la autonomía privada debe observar, en interés de las partes mismas, para tutelar su posición de paridad e igualdad, o también en el interés de determinados terceros que, pese a ser extraños al negocio, soportan sus efectos indirectos” (resaltado mío).

<sup>43</sup> PALACIOS M., Eric. “ *La nulidad del negocio jurídico*”, Jurista Editores. Lima, 2002., pp. 87 y ss.

<sup>44</sup> PALACIOS, Eric, Op. cit. p. 87

<sup>45</sup> También se puede apreciar un interesante trabajo de PALACIOS en su artículo “ *Unas reflexiones en torno a la ineficacia proveniente de la acción revocatoria*”, en IUS ET VERITAS Revista de Derecho, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año V, Lima, 1994, p. 175 y ss. Al hacer referencia al “esquema de los dos planos” que provoca la presente nota el autor indica que “el presente esquema intenta resumir ordenadamente las hipótesis en las cuales los negocios jurídicos no despliegan todos los efectos correspondientes a su tipo y función. Es de advertir también que las ineficacias encuentran su desarrollo

Consideramos que la clasificación precedentemente expuesta es pertinente y didáctica teniendo la virtud de constituir un criterio ordenador en lo que respecta al estudio de “Las Ineficacias”. La doctrina diferencia en orden a su origen, dos grandes grupos de Ineficacias: a) *La Ineficacia Estructural* o Invalidez y b) *La Ineficacia funcional* o ineficacia en sentido estricto. **GETE ALONSO Y CALERA**<sup>46</sup> señala que “cuando se habla de invalidez se hace referencia a esa manera de estar formado el negocio: si concurren todos los requisitos que son necesarios para su conformación. En tanto que la ineficacia hace alusión a la producción de los efectos que deben dimanarse del mismo, es decir a un segundo aspecto”.

PALACIOS<sup>47</sup>, al definir estos dos conceptos señala que “por ineficacia estructural o invalidez, entendemos, y aquí está nuestra definición, la carencia de efectos producida por hechos inherentes a la estructura misma del negocio, el ordenamiento, al faltar algún requisito, elemento o presupuesto, necesario para la validez de un determinado negocio jurídico lo sanciona con la ausencia de efectos, o con la posibilidad de que esto se produzca. (...) Se caracteriza por ello, esta especie de ineficacia, por ser originaria, es decir por la referencia exclusiva al momento en que se realiza o concluye el negocio. Su efectividad se encuentra justamente en la conformación de la estructura negocial. Dentro de este primer grupo encontramos varios tipos de ineficacias, cuales son, la nulidad, la anulabilidad y la rescisión (...)”. Al hablar de la carencia de efectos como consecuencia de fallas en la estructura del negocio es recomendable recordar lo desarrollado líneas arriba sobre la estructura negocial.

Para efectos del presente trabajo nos es de suma utilidad la clasificación referida, enmarcando las instituciones que la Ley General de Sociedades y el Código Civil

---

concretamente en el denominado juicio de ineficacia, mas no sobre el de relevancia, con lo que la discutida figura de la inexistencia queda excluida del sistema propuesto”.

<sup>46</sup> **GETE-ALONSO Y CALERA**. *Notas a ENNECERUS-KIPP-WOLFF*, en ENNECERUS, Ludwig KIPP, Martín, *Tratado de Derecho Civil* Editorial Bosch, Barcelona, 1985,T I-2, Vol 2, p. 748, citado por PALACIOS MARTINEZ, Op. cit. p. 91

<sup>47</sup> **PALACIOS**, Op. cit. p. 91

desarrollan (específicamente los artículos 38,139,150 de la LGS y 92 del C.C.) dentro del Sistema de las Ineficacias, lo que nos permite comentar la Inexistencia<sup>48</sup>, la invalidez (Ineficacia Estructural) y dentro de esta la nulidad, la anulabilidad y la rescisión así como la Ineficacia en sentido estricto (ineficacia funcional) .

Si bien la inexistencia, tal como se anotó, no forma parte del sistema de las ineficacias por pertenecer al juicio de irrelevancia, es importante conceptualizar tal instituto, el mismo que "De acuerdo con la opinión tradicional, todavía predominante, en estricta lógica jurídica debe identificarse siempre con la nulidad, derivada igualmente de ausencia de algún elemento esencial del acto. En tanto que siguiendo el criterio empírico y moviéndose en el terreno de los hechos, se abre la posibilidad de perfilar una noción de inexistencia (material) diferente de la inexistencia jurídica o nulidad. Según esta teoría opuesta a aquella, la inexistencia se distingue de la nulidad en el ámbito del derecho, porque constituye un vicio mas grave y radical, que excluye la propia posibilidad de identificar el contrato como tal (por lo cual tampoco necesita expresa estatución normativa)"<sup>49</sup>. Si bien, se equipara la inexistencia con la nulidad, por parte de un sector de la doctrina, SCOGNAMIGLIO<sup>50</sup> considera la necesidad de la distinción entre estos dos

---

<sup>48</sup> Como hemos visto, la Inexistencia no está dentro del sistema de las Ineficacias pero por su vinculación la desarrollamos.

<sup>49</sup> **BETTI**. *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1995, p. 473; **SANTORO- PASSARELLI**, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli,1959,pp. 236 yss, y ampliamente **SCOGNAMIGLIO**, *Contributo all teoria del negozio giuridico*, pp. 360 y ss.) p. 227, citado por SCOGNAMIGLIO, Op. Cit p.228. Al respecto el propio SCOGNAMIGLIO (Op.cit., p. 228) refiere: "De donde se sigue que la inexistencia, por cuanto se refiere en últimas al no ser del contrato, y por tanto, algo que esta fuera de toda calificación jurídica, tiene siempre un significado para el derecho, toda vez que permite identificar una figura y una causa autónoma de irrelevancia e ineficacia del contrato. (...) "Claro está, y esto apenas hay para qué decirlo, que la noción de inexistencia no tiene alcances en aquellos casos en los que no hay ni siquiera rastros de contrato: El interés surge precisamente en las hipótesis de los confines, cuando el recurso a dicha noción se revela oportuno con el fin de una sistematización correcta de no pocas figuras controvertidas de anomalía del contrato. Así, yendo a ejemplos mencionados con anterioridad, debe hablarse de inexistencia, pues no sería apropiado pensar en invalidez, a propósito del contrato que resulta estipulado en el curso de un juego o chanza, o dentro de una exposición didáctica o en el escenario en medio de una representación; también ha de considerarse inexistente el Contrato cuando no se alcanzó a producir el encuentro de la propuesta con la aceptación; cuando su función típica es irrealizable (p.ej. la compra venta de cosa propia), o cuando el contrato típico no satisface intereses dignos de tutela por parte del ordenamiento o se encamina a una función no admitida por éste p. ejm. Los pactos sucesorales".

<sup>50</sup> **SCOGNAMIGLIO**, " *Contributo ...*" Op. cit. p. 227

institutos, pues basta decir que “la nulidad, que obra como mera sanción del ordenamiento frente al contrato disconforme con sus prescripciones y que es, pues, el resultado de una valoración normativa del acto, presupone siempre la existencia de éste (si el contrato no existe, carecería por completo de sentido indagar si es o no válido)”.

Así pues, consideramos que la invalidez y la ineficacia deben distinguirse de la **inexistencia**, “la cual está más allá de la nulidad: es inexistente el contrato o el acto que no es identificable como tal, pues carece del mínimo esencial que permite hablar de un cierto evento como de contrato o acto unilateral. La importancia de la distinción entre nulidad e inexistencia se encuentra en lo siguiente: el contrato o el acto inexistente no produce aquellos efectos limitados que, (...), el contrato o el acto nulo producen<sup>51</sup>

En el formante doctrinario nacional Rómulo Morales Hervias, en un desarrollado y documentado trabajo<sup>52</sup> justifica y argumenta la necesidad de contar con la figura de la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico para lo cual se provee de la mejor doctrina y jurisprudencia comparada. Y nos interesan los comentarios de Morales Hervias por cuanto, como veremos, cita jurisprudencia italiana (a la vez comentada por GALGANO) referidas a acuerdos de Asambleas, los mismos que fueron declarados inexistentes por Tribunales italianos. Así en primer término

---

<sup>51</sup> **GALGANO**, Francesco, *El Negocio jurídico*, traducido por BLASCO GASCO y PRATS ALBENTOSA, Tirant lo Blanch, Valencia 1992,261), citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan, en el prólogo al trabajo de PALACIOS, Eric, Op. cit. p. 31. Así el prestigioso autor italiano señala que: “Razones técnicas justifican mantener la inexistencia como figura autónoma: únicamente el negocio nulo puede ser salvado mediante su conversión en otro negocio válido o mantenido como putativo, como es el valor de la letra nula como reconocimiento de deuda en el primer caso y la validez del matrimonio nulo del cónyuge de mala fe, en el segundo caso. Se requiere entonces de una figura extrema que impida toda posibilidad de convalidación y esa figura es la de inexistencia del negocio jurídico”. Así también es pertinente reseñar lo expuesto por **SCOGNAMIGLIO** (Op. cit. P. 228) quien dice: “Cualquier incertidumbre que subsistiere acerca de la distinción en su realidad jurídica, desaparecería delante del argumento que ofrece la relevancia y eficacia excepcionales que el derecho concede al contrato nulo. Nos referimos a los llamados efectos indirectos (del contrato nulo) a su conversión y a su saneamiento excepcional, que son otras tantas instituciones características de la figura de la nulidad (...). Por el momento nos contentamos con destacar que estas soluciones normativas obedecen, de modo mas o menos inmediato, a la necesidad general de conservación del contrato nulo, que de por sí presupone la existencia; cosa que no podría predicarse correctamente en las hipótesis de inexistencia del contrato”.

<sup>52</sup> **MORALES HERVIAS**, Rómulo, “*Estudios sobre Teoría General del Negocio Jurídico*”, ARA Editores, 2002

identifica la existencia de normas con la validez formal señalando que la fuerza obligatoria es validez normativa. Desde su punto de vista “La estructura negocial es el conjunto de elementos y de requisitos recíprocamente correlacionados”<sup>53</sup>. Así, el Negocio Jurídico inexistente es definido como el acto de autonomía privada imposibilitado de generar efectos y el negocio nulo como supuesto de hecho negocial<sup>54</sup>. De la Puente y Zusman en la fase de reforma del Código Civil de 1984 refiriéndose a la inexistencia y nulidad señalaron: “Se produce la inexistencia cuando la falta de un elemento sea de tal relevancia que impida hasta la apariencia de un acto jurídico, lo cual determina que no pueda producir efectos ni siquiera negativos. La nulidad en cambio, supone un acto jurídico, que aunque inválido existe siquiera como supuesto de hecho capaz de producir efectos secundarios, diferentes o negativos.”. Morales considera que “La defensa de la figura de la inexistencia por parte de la justicia peruana es una forma de rebelión contra la doctrina tradicional apegada al método exegeta”<sup>55</sup>. Citando al maestro Angelo Falzea<sup>56</sup> se dice “al supuesto de hecho total corresponde la eficacia jurídica, mientras al supuesto de hecho parcial está vinculada la relevancia jurídica, por ello concluye que el hecho productivo de la expectativa jurídica es un hecho relevante pero no eficaz”. Tommasini aclara el panorama señalando: “Para que un hecho sea válido o inválido debe ser primero un hecho relevante: de un hecho irrelevante no puede jamás decirse que sea válido o inválido”<sup>57</sup>.”

Tal como lo mencionamos precedentemente Morales hace referencia a la jurisprudencia italiana citada por GALGANO<sup>58</sup> la que considera “inexistente” el acuerdo de la asamblea cuando en él falten aquellos requisitos que pueden ser juzgados como elementos identificativos del concepto mismo de acuerdo: de este

---

<sup>53</sup> **MORALES HERVIAS**, Op. cit. p. 250

<sup>54</sup> **MORALES HERVIAS**, Op. cit. p. 250

<sup>55</sup> **MORALES HERVIAS**, Op. cit. p. 258

<sup>56</sup> **FALZEA**, Angelo, *Eficacia Giuridica*. En : *Enciclopedia del Diritto*. Dott. A. Giuffrè Editore, S.P.A. Varese, 1962, Tomo XIV (Dote- Ente), p. 484. Citado por **MORALES HERVIAS**, Op. cit. p. 265.

<sup>57</sup> **TOMMASINI**, Raféale, *Invalidita (Diritto Privatto)*. En *Enciclopedia del Diritto*. Dott. A. Giuffrè Editore, S.P.A. Varese. 1972 Tomo XXII(Intere-Istig). p.581. Citado por **MORALES HERVIAS**, Op. cit. p. 266.

<sup>58</sup> **GALGANO**, Francesco, “ *El Negocio Jurídico*”. Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa de la Primera Edición Italiana. Tirant lo blanch. Valencia.1992. p. 263

modo han sido considerados inexistentes correctamente – y por tal razón han quedado sustraídos a la disciplina de la anulabilidad – los acuerdos tomados por la mayoría con el desconocimiento de la minoría, sin la convocatoria plena de la asamblea y sin que la minoría haya estado en grado de intervenir o, tras la adopción del acuerdo, de impugnarlo en los términos previstos por la ley. También la jurisprudencia italiana ha considerado inexistente un acuerdo adoptado por una asamblea universal en que no había participado el *Collegio Sindicale*; además, es inexistente el acuerdo tomado por una asamblea convocada regularmente en la que no habían podido participar todos los socios por imposibilidad material, es inexistente el acuerdo adoptado con el voto determinante de un socio o de un socio aparente por la falta de “legitimación primaria” para votar, es decir” poder de concurrir a la formación del acuerdo”, y finalmente es inexistente el acuerdo que sea adoptado con un número insuficiente de votos como consecuencia de un error de cálculo. Por consiguiente, afirma Galgano que la jurisprudencia italiana ha introducido toda una serie de distingos, suponiendo a la normas del Código Civil otras normas extraídas de una categoría lógica-jurídica, desconocida por el mismo Código, la categoría del acuerdo inexistente<sup>59</sup>.

Finalmente Morales Hervias comenta: “Podemos definir la **inexistencia** como el hecho irrelevante (invalidez formal) y a la **nulidad** negocial como el supuesto de hecho relevante e inválido (invalidez normativa del negocio). También se puede aseverar que el **negocio jurídico inexistente** es el acto de autonomía privada irrelevante (invalidez formal del negocio). A mayor abundamiento, el hecho inexistente produce expectativas (efectos jurídicos preliminares) y el negocio nulo produce efectos jurídicos negativos pero es susceptible de conversión. Así, el tratante en las tratativas y el consumidor dañado en la contratación predispuesta, podrán sustentar como pretensión ante la autoridad administrativa o ante la autoridad judicial jurisdiccional la existencia de tales actos no negociales por haber causado efectos preliminares en sus esferas jurídicas. En sentido contrario, el

---

<sup>59</sup> MORALES HERVIAS, Op. cit. p. 267.

tratante que suspendió las tratativas y la empresa podrán fundamentar su defensa de fondo en la inexistencia de dichos actos<sup>60</sup>.

Toca ahora hablar de la **Invalidez del Contrato**, y en concordancia con el esquema antes referido, conceptualizar la nulidad, la anulabilidad y la rescisión.

Tal como señalamos precedentemente, siguiendo a Betti<sup>61</sup>, se denomina invalidez al negocio que carezca o tenga viciados alguno de sus elementos esenciales o no cuente con el presupuesto requerido en virtud al tipo de negocio al que pertenece. Invalidez es “aquella inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos por el dispositivo de la norma jurídica y es, conjuntamente, la sanción del deber impuesto a la autonomía privada de utilizar medios adecuados para la consecución de sus fines propios.”<sup>62</sup>

Se afirma de otro lado que “(...) tengamos bien firme, en primer término, la idea de que la invalidez constituye una medida jurídica que, como tal, pueda operar exclusivamente en los casos para los cuales lo establece la ley, y no la mera consecuencia de un juicio lógico<sup>63</sup>. De otro lado asevera con énfasis la idea de que la validez y la invalidez del contrato puedan referirse únicamente al momento en que se celebra el contrato y de que por ello no se pueda admitir en general la figura de la llamada invalidez posterior. Dentro de la crítica que se hace a la doctrina tradicional al referirse a la invalidez como imperfección del supuesto de hecho o como sanción se afirma que debe actuarse dentro de los cánones de la graduación del derecho frente a las diferentes causas de anormalidad del contrato, con respeto al principio de conservación de los negocios y de otro lado la oportunidad de limitar las formas de invalidez a la nulidad y la anulabilidad.

---

<sup>60</sup> MORALES HERVIAS, Op. cit. p. 267

<sup>61</sup> BETTI, Op. cit. p. 405

<sup>62</sup> BETTI, Op. cit. p. 405

<sup>63</sup> SCOGNAMIGLIO, Op. cit. p. 233

Magistralmente señala SCOGNAMIGLIO “De acuerdo a la teoría predominante, se suele definir como nulo el contrato al que le falta algún elemento esencial y que por lo mismo, no produce efecto alguno. En cambio, según la opinión que hemos acogido debe considerarse nulo el contrato al cual el ordenamiento jurídico le quita su fuerza vinculante de autorregulación de los intereses privados, que de otra manera tendría, y que por extensión lo priva de todo efecto en razón de su anormalidad”<sup>64</sup>. El profesor italiano en su “*Contributto...*” con la creatividad y agudeza tan suyas señala: “se aprecia fácilmente que la invalidez y la ineficacia pertenecen a planos diversos, porque con la primera se ataca, evidentemente, el efecto fundamental, el llamado "vinculo", y por lo tanto, se ataca el negocio en su raíz, la segunda, en cambio, aun cuando puede eventualmente presentarse como una sanción, afecta solamente la eficacia final del negocio, es decir, algo que esta fuera de su existencia: ello, como se entiende, da lugar a importantes diferencias en la practica”<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> SCOGNAMIGLIO Op. cit. p. 232. El mismo autor, en investigación de revisión imprescindible, que constituye un clásico en la literatura jurídica privatística, (SCOGNAMIGLIO, Renato “*Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico*”. Edición, traducción y notas de Leysser L. León. Lima: Grijley, 2004) señala: “coherentemente, los autores definen la invalidez, sea desde el punto de vista de la imperfección de la *fattispecie*, y así establecen cuando se presenta ella; sea desde el punto de vista de sus consecuencias: la ineficacia o la menor eficacia, considerada, sobre todo, por la doctrina alemana; sea, en fin, desde ambos puntos de vista, poniéndose en evidencia, entonces, la lógica correlación entre defectuosidad de la *fattispecie* e ineficacia”. Op. Cit. p.456, 457. Refiriéndose a las teorías que cuestionaban la doctrina imperante con énfasis manifiesta: “lo que conviene tener en cuenta, para ofrecer un panorama suficientemente cabal de la doctrina, son las teorías que se oponen rotundamente a la concepción imperante. Estas rechazan, principalmente, la coincidencia de la invalidez con la imperfección del negocio, e identifican lo sustancial en la idea de reacción o medida con los efectos negociales. Se cambian detalles en las diversas formulaciones, pero el concepto central es siempre el siguiente: que solo los efectos negociales existen (no el acto, que pertenece inmediatamente al pasado) y que, por lo tanto, la invalidez se impone contra ellos, para destruirlos, y constituye, así, por su naturaleza, una sanción jurídica”. Op. Cit. p. 466.

<sup>65</sup> SCOGNAMIGLIO, Op. Cit. p. 495. En la misma obra se señala: “ (...) en definitiva, la autonomía de la invalidez, respecto de su consecuencia (la ineficacia), resulta plenamente fundada en la realidad jurídica: si el negocio posee una relevancia particular, en virtud de la cual realiza los efectos finales, la simple ineficacia resulta inadecuada para el caso de violación de las normas reguladoras; por el contrario, surge la exigencia de una medida que ataque a dicha relevancia (en términos expresivos que ataque su "fuerza jurídica"), la cual repercutiría luego, con mayor o menor intensidad, en los efectos finales. Dicha medida es la invalidez, que incide justamente, y de raíz, en la situación efectual, haciéndola caer por entero, o bien volviéndola precaria y exponiéndola a tal eventualidad”

La **Nulidad** es pues, “la forma más grave de invalidez negocial” e “importa la definitiva inidoneidad del acto para producir efectos”<sup>66</sup>. Para BETTI<sup>67</sup>, “es nulo el negocio que, por falta de algún elemento esencial, es inepto para dar vida a aquella nueva situación jurídica que el derecho apareja al tipo legal respectivo, de conformidad con la función económico social que le es característica; nulo, aunque acaso pueda producir alguno de los efectos correspondientes, u otros distintos de carácter negativo o contradictorio (ya que de otro modo más bien sería inexistente)”. En el formante doctrinario nacional Freddy Escobar Rozas refiriéndose a la Nulidad señala que: “ (...) por lo menos teóricamente, la nulidad (del negocio jurídico) supone lo siguiente: a) la ineficacia total y original del negocio. b) la imposibilidad de que el negocio sea saneado. C) la naturaleza declarativa de la sentencia (o laudo) que compruebe su existencia. D) la posibilidad de que el juez (o arbitro) la declare de oficio. E) la imprescriptibilidad de la acción para que sea declarada. F) la posibilidad de que terceros con interés puedan accionar para que sea declarada”. En nuestro ordenamiento civil la diferencia se presenta en el caso de la prescripción como lo señala el artículo 2001 del CC.<sup>68</sup>. Diferenciando entre los efectos negociales y no negociales derivados de la Nulidad, Escobar Rozas señala que “ (...) la nulidad determina que el negocio jurídico no produzca los efectos "negociales", que son los efectos deseados por la parte o las partes que lo celebran. En ciertos casos, sin embargo, la nulidad no impide que surjan efectos "no negociales", derivados del hecho de la celebración del negocio (nulo) o de la ejecución del mismo”<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> **BIANCA**, *Diritto civile, 3, Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 9, citado por Espinoza Juan, ( en Prólogo a obra de Eric Palacios, “ *La Nulidad...*” Op. cit. p. 11

<sup>67</sup> **BETTI**, Op. cit. p. 410

<sup>68</sup> **Artículo 2001.-** Prescriben, salvo disposición de la Ley:

1. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la **de nulidad del acto jurídico**” (resaltado mío).

<sup>69</sup> **ESCOBAR ROZAS**, Freddy, “*Código Civil Comentado*”, Tomo I, Gaceta Jurídica , 2003 p. 915. Comentando las causales de nulidad, el autor citado expresa: “la falta de manifestación de voluntad supone, en principio, no la nulidad del negocio sino la inexistencia del mismo, pues sin aquella resulta imposible que se forme el supuesto de hecho en el que se resuelve este último (o sea el negocio). el inciso materia de comentario, sin embargo, considera que el "negocio" es nulo cuando no esta presente el componente "volitivo" (p. 916) (...) la incapacidad a la cual se refiere la norma materia de comentario supone que el sujeto goza de capacidad jurídica mas no de capacidad de obrar plena o absoluta, de modo que el mismo no puede "actuar" valida y personalmente el contenido de las situaciones jurídicas subjetivas que le corresponden (ejercer poderes o derechos, cumplir deberes, etc)” (p.917) (...)

Tal como lo señaló el Profesor Lizardo Taboada<sup>70</sup>, las notas comunes entre la Nulidad y Anulabilidad son: 1) Las causales son siempre coetáneas a la celebración del acto jurídico 2) Están siempre referidas a un defecto en la estructura del acto jurídico. 3) No pueden ser pactadas, vienen establecidas por la ley.

Se define pues el acto nulo como aquel que carece de algún elemento, presupuesto o requisito (que hemos graficado en el punto precedente), o cuyo contenido es ilícito por agraviar los principios de orden público, las buenas costumbres, o las normas imperativas. Por el contrario el acto anulable se define como aquel que se encuentra afectado por un vicio en su conformación.

Las Diferencias entre nulidad y anulabilidad, dice el lamentablemente extinto profesor, son: a) La nulidad supone un defecto severo en la conformación del acto jurídico. La anulabilidad únicamente un vicio en la estructura. b) Las causales de nulidad se construyen y establecen legalmente en tutela del interés público, mientras que las causales de anulabilidad se fundamentan en la tutela del interés privado de las partes que han celebrado el acto jurídico, a fin de proteger a la parte que ha resultado afectada por la causal de anulabilidad. c) En la Nulidad los negocios nacen muertos, no producen ninguno de los efectos jurídicos; en la Anulabilidad, nacen con vida, tienen doble destino: son subsanados o convalidados o son declarados nulos.

La nulidad tácita o virtual es aquella que sin venir declarada directamente por el supuesto de hecho de una norma jurídica, se deduce o infiere del contenido de un acto jurídico, por contravenir el mismo el orden público, las buenas costumbres o una o varias normas imperativas. Por ejemplo, al menos en nuestro sistema

---

"el objeto del negocio jurídico es el conjunto de preceptos o reglas que la parte o las partes declaran "hacer suyas" con miras a conseguir un resultado práctico aceptado por el ordenamiento jurídico. Para que el objeto del negocio "alimente" a los "efectos negociales", es necesario que cumpla con ciertos requisitos normativamente impuestos, a saber: la posibilidad (física y jurídica), la licitud y la determinabilidad" (p. 918).

<sup>70</sup> **TABOADA**, Lizardo, "Nulidad del Acto Jurídico" Editorial Grijley. Segunda Edición. P. 87-88

jurídico y por ahora, el matrimonio entre personas del mismo sexo es nulo de pleno derecho. De esta forma todos los negocios jurídicos que se celebran sin cumplir con los requisitos de orden legal serán nulos sin necesidad de norma que lo disponga.

La otra forma principal de invalidez está constituida por la **anulabilidad**, “por la cual el contrato que ha producido sus efectos desde un comienzo, puede ser declarado nulo a consecuencia de la impugnación propuesta por el sujeto legitimado para ello, es esta una figura que por su disciplina compleja, da lugar a discusiones ásperas en la doctrina concentradas perfectamente en su pertenencia al campo de la invalidez”<sup>71</sup>

En efecto, “si se considera según la opinión tradicional que en la hipótesis de anulabilidad el supuesto de hecho del contrato es incompleto no se explicaría como puede producir un efecto (así sea a título precario). Sin que quepa responder, en el propósito de superar la objeción, que la anulabilidad es precisamente una **forma incompleta de invalidez**, derivada del vicio de un elemento del contrato, a diferencia de la nulidad que proviene de la falta integral de un elemento”<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Cfr. Para la exposición de las principales teorías, FEDELE, *La invalliditá*,,SCOGNAMIGLIO, *Contributo, cit, pp. 421 y ss.*) p. 242. Citados por SCOGNAMIGLIO, “*Teoría General del Contrato*”, p. 229

<sup>72</sup> SCOGNAMIGLIO, Op. cit. P. 233. Al respecto el autor señala “el remedio de la anulabilidad puede desvincularse de la idea tradicional, que funda esta suerte de invalidez, contraponiéndola así a la nulidad, en la necesidad de tutelar un interés privado de manera principal, sino exclusivamente (el del contratante a quien se atribuye la acción de anulación). En realidad el legislador dispone esta otra forma de invalidez en virtud a la necesidad advertida por él de señalar para ciertas oportunidades un tipo de invalidez menos grave que la nulidad, que podrá aplicarse solo delante de ciertas condiciones, cuando el sujeto legitimado propone la correspondiente acción (obvio que dicho sujeto obrará según su propio interés, circunstancia que da pie para que se abuse de la mencionada tesis de la dependencia de la anulabilidad del interés privado).

Apenas hay para qué precisar que es al legislador a quien corresponde en todos los casos decidir si es pertinente dicha forma de invalidez (la doctrina admite que tampoco puede aceptarse la anulabilidad virtual), como también atribuir la acción de anulación. Pero, sea el caso de precisar que sobre tal decisión no es pequeño el influjo de la tradición, que se proyecta en el sentido de sancionar ciertas anomalías del contrato con la anulabilidad, por iniciativa del sujeto cuya determinación aparece viciada. En consecuencia a pesar de que la nulidad es la sanción preponderante, según la regla sentada por el artículo 1418 hay algunas materias reservadas a la anulabilidad. Tal lo que acontece por ejemplo, con todos los casos en que la voluntad del contratante resulta viciada, en los cuales en caso de duda debe optarse por la solución de la anulabilidad.

Por **ineficacia en sentido estricto** se entiende aquél supuesto en que el negocio, aún siendo válido, no es de suyo suficiente para dar nacimiento a los efectos previstos: el negocio no se considera idóneo a nivel dinámico o funcional para la ejecución plena de la ordenación de intereses prevista en la autorregulación<sup>73</sup>. En ella existe una circunstancia es decir un hecho extraño al negocio, que impide su eficacia o determina su ineficacia<sup>74</sup>.

La **rescindibilidad** “es una forma de invalidez del contrato puesta principalmente a tutela de quien contrata en condiciones inicuas por su estado de necesidad o peligro”<sup>75</sup>.

Así tenemos que el artículo 1370 del Código Civil establece que “ la rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de su celebración”. A manera de ejemplo el art. 1447 del CC preceptúa lo concerniente a la institución de la pretensión rescisoria por lesión sólo en el caso de aprovechamiento de estado de necesidad más no de peligro<sup>76</sup>. También en el caso de la compra venta de bien ajeno y la compra venta sobre medida.

No alcanza a los motivos del presente trabajo, pero sin embargo es pertinente dejar constancia que las instituciones a desarrollarse dentro de la especie “ Ineficacia en sentido estricto” son: a) La suspensión b) la resolución c) la condición resolutoria d) la revocación y e) la caducidad.

---

<sup>73</sup> **BRECCIA, BIGLIAZZI-GERI, NATOLI y BUSNELLI**, *Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos* T. I. Vol. 2, Traducción de la 1ra Edición Italiana, Universidad externado de Colombia, Bogotá 1992, p. 993 Citado por PALACIOS, Eric, Op. cit. P. 102

<sup>74</sup> **SANTORO PASSARELLI**, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Editorial revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, p. 294. PALACIOS, Op. cit. 102

<sup>75</sup> **BIANCA**, Op. cit. P. 642

<sup>76</sup> **Art. 1447.-** “La acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos ”.

## **CAPITULO II**

### **NATURALEZA DE LOS ACTOS ASAMBLEARIOS: ASOCIATIVOS Y SOCIETARIOS**

Es importante antes de entrar de lleno a la Nulidad e Impugnación de Acuerdos discurrir por algunos aspectos vinculados a los Actos assemblearios emanados de las Asociaciones y aquellos derivados de los Organos Societarios, dada su importancia en el desarrollo de las personas jurídicas, tanto en las que carecen de una finalidad lucrativa como las que ostentan tal objetivo. Es interesante poder apreciar las bases jurídicas análogas que se presentan tanto en la impugnación de los actos derivados de los Organos de una asociación, por ejemplo, de aquellos que emanan de los acuerdos tomados en una Junta General de Accionistas. La impugnación de acuerdos asociativos o societarios es un tema de mucha incidencia práctica, por lo que resulta necesario tratar aspectos que son comunes y concurrentes a esta institución del Derecho de las Personas (artículo 92 del Código Civil) y también al Derecho Societario ( Artículos 38, 139 y siguientes de la Ley General de Sociedades). Así tenemos, que el presente capítulo observará la dimensión referida a la naturaleza jurídica de los Actos Assemblearios (sean asociativos o societarios). Para vincular las instituciones materia de análisis con el derecho vivo, es decir la jurisprudencia transcribimos primero dos resoluciones judiciales, siendo la primera referida a la Impugnación de Acuerdos a fin de que se declare la nulidad de la Asamblea General Ordinaria de la Asociación Pro Vivienda de los Trabajadores de la entonces llamada Entel Perú. La segunda resolución transcrita versa sobre la impugnación de acuerdos societarios que violentan el pacto social o el estatuto y su consecuente nulidad, así sean adoptados por mayoría o incluso por unanimidad.

#### **2.1. LAS SENTENCIAS**

**1) Expediente N° 02-96<sup>77</sup>**

Demandante: Raúl Espinoza Romero

Demandado : Asociación Pro Vivienda de los Trabajadores de ENTEL Perú

Materia : Impugnación de Acuerdo

Sec. Sr. Tripsmana

Resolución Número seis

Lima, trece de diciembre de mil novecientos noventiseis

**VISTOS:** Resulta de Autos 1) Que, por escrito de fojas cuarentiseis a fojas cincuenta, el demandante RAUL ALFONSO ESPINOZA ROMERO interpone Demanda de NULIDAD E IMPUGNACIÓN DE ACUERDO DE ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA DE ASOCIADOS, y la dirige contra la ASOCIACIÓN PROVIVIENDA DE LOS TRABAJADORES DE ENTEL PERU, del Distrito de San Juan de Miraflores, a fin de que efectuados los trámites de Ley se declaren nulos todos los acuerdos tomados en dicha Asamblea General Ordinaria del día trece de enero de mil novecientos noventa y seis por cuanto el Señor Antero Alfonso García Tenorio, detentando el cargo de Presidente del Consejo de Administración convocó a una Asamblea Ordinaria y que su mandato había concluido el veinte de abril de mil novecientos noventa y cuatro, así mismo que la asamblea se convocó sin respetar los ocho días que establece el Estatuto; Ampara su demanda en el artículo 92 del Código Civil y su modificatoria del Código Procesal Civil Ley 13500 y su reglamento D.S. 131-VC-64 y artículos 24,29,60 y siguientes del Estatuto y el D.S. 012-87-VC; 2) Por resolución N° uno se dicta el Auto Admisorio de la Demanda, y se ordena se tramite en la Vía Abreviada el presente proceso, así como se corra traslado de la Demanda y sus recaudos a la parte emplazada, la

---

<sup>77</sup> Este precedente jurisprudencial ha sido tomado de “ Diálogo con la Jurisprudencia” Año 8 N° 50, Noviembre del 2002, p. 298

misma que absuelve mediante escrito de fs. Ochenta y cinco, mediante la cual deduce excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, asimismo mediante escrito de fojas ciento treinticinco a ciento cuarenta y cuatro, el demandado representado por el Señor Antero García Tenorio, contesta la Demanda, quien refiere que el actor no tiene facultad para ejercer ningún derecho en virtud de que este no ha cumplido con sus obligaciones a favor de su institución, asimismo refirió que a partir de la fusión de Entel Perú con la Cia. Peruana de Teléfonos y que fueron adquiridas después por la Compañía Telefónica de España y la cual dejó de hacer los descuentos por planillas a los pocos asociados de su representada y que aún permanecen laborando, por lo que vio mermados sus ingresos a límites inimaginables por lo que recurrieron a fórmulas que generarán algún ingreso a su representada y que un grupo de ciudadanos en la que se encontraba el demandante, así como algunos asociados y otros le dirigen una carta en la cual le solicitaban la Convocatoria a una Asamblea General de Asociados, reconociéndole su condición de Presidente en ejercicio del Consejo de Administración de AVINTENTEL, y por tal motivo se convocó a la Asamblea del trece de enero del año en curso; Agrega que su período como presidente vencía en mil novecientos noventa y cuatro, y que la convocatoria a dicha Asamblea se hizo mediante esquelas con antelación y conforme al estatuto 3) Por Resolución Número cuatro se cita a las partes a la Audiencia de Saneamiento Procesal y Conciliación , la misma que se realizó conforme es de verse a fs. Ciento cincuenta y seis a ciento cincuenta y ocho con la concurrencia del apoderado del demandante y el representante legal de la demandada, en la que se declara infundada la excepción de falta de legitimidad del demandante y procediéndose a declarar saneado el proceso, no se pudo arribar a conciliación alguna, señalándose los puntos controvertidos y posteriormente admitiéndose los medios probatorios, que fueron actuados en la audiencia de su propósito conforme es de verse de fojas ciento cincuenta y nueve a fojas ciento sesenta y tres, siendo su estado la de expedir sentencia la que procede a dictarse

**I CONSIDERANDO : Primero.-** Que conforme lo establece el artículo 188 del Código Procesal Civil, la finalidad de los medios probatorios están orientados a acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos : **Segundo.-** Que, conforme se aprecia de la demanda y sus recaudos, la Impugnación de Acuerdos de Asamblea estriba en el hecho de que quien lo convocó adolecía de legitimidad para hacerla, lo cual es de apreciar que en la ficha registral de fojas diez efectivamente por Asamblea General Extraordinaria del Siete de Diciembre de mil novecientos noventa y uno se conformó el Consejo de Administración de AVITENTEL como Presidente al Señor Antero García Tenorio por tres años cuyo cargo vencía el veinte de abril de mil novecientos noventa y cuatro; hecho que finalmente es admitido por el emplazado en su escrito de contestación conforme es de verse a fojas ciento treintinueve numeral cuatro. Por lo que resulta de aplicación lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 012-87-VC, que regula la Función de las Asociaciones Pro Vivienda en su artículo segundo, en tanto que “el mandato de los dirigentes termina inexorablemente al vencimiento del período para el cual fueron elegidos . Los actos que realicen a nombre de la Asociación Pro- Vivienda los socios cuyos mandato como dirigente ha vencido, no la obligan ni surten efecto legal contra ella”, **Tercero.-** Que, estando al presupuesto que antecede resulta innecesario pronunciarse respecto a la forma de dicha Asamblea. Por cuanto desde su convocatoria esta carecía de validez por lo que estando a estas consideraciones y de conformidad con lo establecido en el artículo 92 del Código Civil y administrando Justicia a nombre de la Nación **FALLO : Declarando FUNDADA** la demanda de fojas cuarenta y seis a fojas cincuenta, en consecuencia Nula la Asamblea General Ordinaria de Asociados del día trece de enero de mil novecientos noventa y seis.

Exp. N° 631-97

RESOLUCIÓN N° 04

Lima, trece de junio de mil novecientos noventa y siete

**VISTOS:** Interviniendo como Vocal ponente la Doctora Barrera Utano, por sus fundamentos y **CONSIDERANDO** además: **Primero:** Que, don Antero Alfonso García Tenorio tenía mandato como presidente de la asociación emplazada solo hasta el veinte de abril de mil novecientos noventa y cuatro, por ende no debió convocar ni presidir la Asamblea General de fecha trece de enero de mil novecientos noventa y seis, pues contravenía lo dispuesto en los artículos vigésimo quinto y cuarentiseis –inciso “c” del estatuto de la Asociación; **Segundo:** Que, en consecuencia , carece de sustento el agravio invocado por el apelante respecto ha que se ha contravenido lo dispuesto en el artículo noventa y dos del Código Civil, al considerar que no se ha tomado en cuenta que el actor no dejó constancia de su oposición en el acta correspondiente, pues dicha Asamblea fue convocada y llevada a cabo en forma irregular; **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fs. Ciento sesenticinco , ciento sesenta y seis y ciento sesentisiete, su fecha trece de diciembre de mil novecientos noventa y seis , que declara fundada la demanda de fojas cuarenta y seis a cincuenta y en consecuencia Nula la asamblea General Ordinaria de la Asociación de fecha trece de enero de mil novecientos noventa y seis, Hágase saber y devuélvase al Juzgado de Origen

SS. CASTILLO LA ROSA SÁNCHEZ/ GONZALES CAMPOS/ BARRERA UTANO

**2) CASACION /Cas. Nº 1953-2001 ICA** ( Publicado en el Peruano el 31 de octubre del 2002)

Lima, ventiocho de diciembre del dos mil uno

**La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú,** vista la causa en audiencia pública en la fecha, emite la siguiente sentencia;  
**1.- MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por don Emilio Soldi Panizo, contra la resolución de vista de fojas ciento cuarentiséis,

su fecha cuatro de mayo del dos mil uno, que confirmando la apelada de fojas ciento veintitrés, su fecha treinta y uno de enero del dos mil uno, declara improcedente la demanda de nulidad de acuerdos societarios con lo demás que contiene. **2. FUNDAMENTOS POR LO CUALES SE HA DECLARADO**

**PROCEDENTE EL RECURSO:** Concedido el recurso de casación a fojas ciento cincuenta y ocho, fue declarado procedente mediante auto de fecha veintiocho de agosto del dos mil uno; por las causales contenidas en los incisos uno y tres del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, al denunciarse la aplicación indebida de los artículos trentitrés y trenticuatro, concordantes con el artículo ciento treinta y nueve de la ley general de sociedades, así como la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso al sostenerse que la sentencia de vista no se sujeta al mérito de lo actuado y al derecho, además, no se ha efectuado una debida motivación de la recurrida, conforme lo exige el artículo ciento trentinueve inciso cinco de la Constitución del estado, ya que no se señala el motivo por el cual se llega a la conclusión de que las sesiones de directorio cuestionadas han cumplido exigencias establecidas en le Ley General de Sociedades, es decir, si se han sido llevadas a cabo con las formalidades de ley, finalmente que se ha declarado la improcedencia de la demanda, sin tenerse en consideración que dicha apreciación no solo es equivocada, sino también extemporánea, ya que en la etapa de saneamiento se ha declarado la existencia de una relación jurídica procesal válida, no existiendo causal de justificación excepcional que dé lugar a la aplicación de lo previsto por el párrafo final del artículo ciento veintidós del Código adjetivo, por lo que no correspondía dictarse un fallo inhibitorio, sino uno sobre el fondo de la controversia

**3. CONSIDERANDOS: PRIMERO:** En primer término es necesario examinar la denuncia realizada al amparo de la causal referida en la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, porque de existir tal situación ya no cabe pronunciamiento, sobre el fondo de la materia controvertida.

**SEGUNDO:** Es garantía constitucional y principio de la función jurisdiccional, prevista en el artículo ciento treinta y nueve inciso cinco de la Constitución Política del Perú, la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las

instancias, excepto las de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable, y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. **TERCERO:** Asimismo, el artículo ciento veintidós inciso tres del Código formal prescribe que toda resolución contendrá la relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho que sustentan su decisión, **CUARTO:** La motivación de las resoluciones judiciales puede ser conceptuada como el argumento o razón del modo de solución de un conflicto, esto es, trata de explicar y dar a comprender los motivos que ha tenido la autoridad judicial para fallar en determinada manera (Derecho judicial, Víctor García Toma, CONCITEC, mil novecientos noventa, pagina dieciséis). **QUINTO:** En el caso de autos la sala Civil Superior resuelve confirmar la sentencia apelada que declara improcedente la demanda de nulidad de acuerdos societarios, bajo el fundamento de que la pretensión del accionante se sostiene en la sesión de Directorio efectuada el diecinueve de agosto del dos mil, cuya nulidad se persigue, ha sido instalada con omisión de la formalidad de publicidad y del pacto social, cuando de los medios probatorios obrantes en autos ha quedado demostrado que esta sesión inicial de directorio ha sido debidamente ratificada por otra sesión de directorio efectuada el dos de octubre del dos mil, sesiones que a su vez han sido materia de ratificación por la Junta General de Accionistas verificada el nueve de octubre del dos mil. **SEXTO:** Bajo dicho presupuesto fáctico, las instancias de mérito han explicado y dado a comprender los motivos que han tenido para fallar por la improcedencia de la demanda. **SÉPTIMO:** En ese sentido, los vicios *in procedendo*, denunciados no se han verificado en el caso de autos, ya que la recurrida se encuentra debidamente motivada **OCTAVO:** De otro lado, en cuanto al cargo referido a la aplicación indebida de los artículos treinta y tres y treinta y cuatro de la ley general de sociedades, concordantes con el artículo ciento treinta y nueve de la misma ley, debe indicarse que estando a los considerandos precedentes, dichas normas han sido aplicadas por las instancias de mérito para concluir que no procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto. **NOVENO:** Al respecto debe indicarse que las primeras normas citadas están referidas a la nulidad del pacto, mientras que el artículo

ciento treintinueve citado está referido a la impugnación judicial de acuerdos societarios. **DECIMO:** Bajo este contexto debe tenerse en cuenta las diferencias que existen entre la nulidad del pacto social y la nulidad de un acuerdo societario **DECIMO PRIMERO:** Así pues, el pacto social y el estatuto establecen las normas que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, han decidido para regular sus relaciones dentro de la sociedad consecuentemente, los acuerdos que violenten el pacto social o el estatuto son nulos así sean adoptados con las mayorías requeridas por ley o incluso por unanimidad, nada impide que la sociedad modifique previamente su pacto social, si sigue los procedimientos y formalidades previstas para ello, pero no puede adoptar un acuerdo contrario a una disposición estatutaria si antes no lo ha modificado **DECIMO SEGUNDO:** Siendo ello así, los acuerdos que son adoptados con las formalidades de publicidad prescritas en los estatutos o en el pacto social son nulos de pleno derecho, por lo que no cabe pronunciamiento alguno sobre la conclusión del proceso bajo el fundamento de que el acuerdo en cuestión ha sido materia de sustitución o de ratificación, toda vez que el acuerdo que transgrede el pacto social no puede ser materia de ratificación alguna, pues el funcionamiento de una sociedad debe adecuarse en todo momento a las disposiciones de sus estatuto y pacto social, pues ello es lo que otorga seguridad a socios y terceros. **DECIMO TERCERO:** En consecuencia las normas denunciadas resultan impertinentes para la solución del presente conflicto, toda vez que las mismas están referidas a la nulidad del pacto social y no a la nulidad de acuerdos societarios que es materia de la presente acción **4. DECISIÓN:** Por las consideraciones expuestas en atención a lo dispuesto por el artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil declaran FUNDADO el recurso de casación interpuesto, en consecuencia NULA la resolución de vista de fojas ciento cuarenta y seis, su fecha cuatro de mayo del dos mil uno, y actuando como sede de instancia REVOCARON, la sentencia de fojas ciento veintitrés, su fecha treinta y uno de enero del dos mil uno, que declara improcedente la demanda, con los demás que contiene, y REFORMÁNDOLA, declararon fundada la demanda, en consecuencia, nulos los acuerdos societarios adoptados por mayoría en las sesiones de

directorio del diecinueve de agosto del dos mil y dos de octubre del dos mil con expresa condena al pago de costos y costas a la parte vencida, DISPUSIERON la publicación de esta resolución en el Diario oficial El peruano, bajo responsabilidad y los devolvieron

SS. VASQUEZ C, CARRIO L., TORRES C., INFANTES v, CACERES, B

## 2.2. ACTOS ASAMBLEARIOS. NATURALEZA JURÍDICA

### 2.2.1. Definición de Asambleas asociativas y societarias

Comenzaremos definiendo lo que es una Asamblea, siendo su definición aplicable tanto a los actos asociativos en el caso de Asociaciones, Fundaciones o Comités como a los actos societarios en el caso de cualquier forma de Sociedad regulada por la Ley General de Sociedades (Ley 26887).

En el caso de las Asociaciones, la doctrina nacional,<sup>78</sup> para estudiar didácticamente esta Persona Colectiva, presenta a la Asamblea General dentro del plano de *la capacidad*, pues la Asociación solamente podrá ejercitar derechos a través de sus respectivos órganos, siendo la Asamblea General, el principal de éstos. Asimismo, la doctrina<sup>79</sup> define a la Asamblea (en este caso General) como el órgano “dominante” de la asociación<sup>80</sup>, al ser la instancia que decide en torno a las actividades, fines y demás aspectos trascendentales de la persona jurídica; constituyéndose en un medio de expresión de la voluntad colectiva e individual – donde rige el “principio mayoritario” (los acuerdos válidamente adoptados obligan a todos los miembros)- de los asociados, conforme a los quórum y mayorías establecidas en el artículo 87<sup>81</sup>. Estos últimos requisitos se han entendido como

<sup>78</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las Personas*, Editorial Huallaga, Tercera Edición, 2001, p. 452-454. El autor para un mejor entendimiento de la Asociación se refiere a ella en dos planos: *existencia* y *capacidad*.

<sup>79</sup> ALIAGA HUARIPATA, Luis, en *Código Civil comentado* Tomo I, Gaceta Jurídica, p. 416

<sup>80</sup> VEGA MERE, Yuri, *La Asociación, la Fundación y el Comité en el Código Civil*, en *Gaceta Jurídica*, Tomo 49, Diciembre, Lima, 1997, p. 36-B, citado por ALIAGA HUARIPATA op. Cit. P. 416

<sup>81</sup> **Artículo 87:** “ Para la validez de las reuniones de asamblea general se requiere en primera convocatoria, la concurrencia de mas de la mitad de los asociados. En segunda convocatoria, basta la presencia de cualquier

mínimos, ya que podría establecerse estatutariamente exigencias mayores<sup>82</sup>, incluso la unanimidad; asimismo, la asamblea general es un órgano de control del consejo directivo y de los propios asociados.

Es pertinente señalar que cuando nos referimos a actos asamblearios, sean estos de carácter asociativo (en el caso de las Asociaciones u otras personas jurídicas sin fines de lucro) o societario (como en el caso de las Sociedades Anónimas u otras modalidades regidas por la Ley 26887), no nos estamos ciñendo exclusivamente a la Asamblea General o a la Junta General de Accionistas sino que también pueden aplicarse las reglas que en el presente trabajo detallamos al Consejo Directivo o al Directorio, pues ambos son órganos de donde emanan decisiones que en caso de contravenir a normas estatutarias o legales son pasibles de impugnación. Así, respetada doctrina nacional define como “órgano” de la persona jurídica a “la persona natural o al conjunto de personas naturales que según los casos adopta decisiones o representa a lo que formalmente es un centro o haz unitario de deberes y derechos. La persona jurídica actúa sólo a través de las personas naturales que la integran, aunque, como es sabido, los derechos y deberes, contraídos por ellas se imputan a ese centro unitario ideal que formalmente es la persona jurídica. Cada persona jurídica, de acuerdo a las disposiciones de Ley, determina estatutariamente cuáles han de ser sus órganos y

---

número de asociados. Los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes. Para modificar el estatuto o para disolver la Asociación se requiere, en primera convocatoria, la asistencia de más de la mitad de los asociados. Los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes. En segunda convocatoria los acuerdos se adoptan con el voto de los asociados que asistan y que representen no menos de la décima parte. Los asociados pueden ser representados en Asamblea General por otra persona. El estatuto puede disponer que el representante sea otro asociado. La representación se otorga por escritura pública. También puede conferirse por otro medio escrito y sólo con carácter especial para cada asamblea.

<sup>82</sup> DE BELAUNDE L. DE R., Javier, *Reforma del Código Civil y las personas Jurídicas*, en *Congreso de la República: Reforma de Códigos*, 2da. Ed. Tomo II, Lima, 1999, p. 494., citado por ALIAGA HUARIPATA, op. Cit. P. 416

cuáles las atribuciones que se les concede”<sup>83</sup>. Así, en el artículo 86 de nuestro Código Civil están delimitadas las facultades de la Asamblea General<sup>84</sup>.

A manera de ilustración, podemos mencionar el caso de las Universidades Nacionales, las mismas que son Personas Jurídicas de Derecho Público, las que cuentan con un régimen corporativo en su funcionamiento y desarrollo como Personas colectivas<sup>85</sup>. Estas Instituciones Educativas cuentan para su desenvolvimiento con órganos que interactúan y se manejan con un criterio de democracia interna, de una manera muy similar a las Asociaciones. Tienen pues una Asamblea Universitaria que vendría a ser la Asamblea General en las Asociaciones, un Consejo Universitario que vendría a expresar el Consejo Directivo y los llamados Consejos de Facultad en cada una de las Facultades de la Universidad. Las atribuciones de cada uno de los órganos universitarios se encuentran expuestas en la Ley Universitaria (Ley 23733), Los Estatutos de la Universidad respectiva y en el Manual de Organización y Funciones de la Universidad. Nos encontramos con que en el quehacer funcional y administrativo de la Universidad peruana, es necesaria la actuación de órganos a través de los cuales la Universidad como Entidad pueda expresar su voluntad. Así, en el mismo sentido que en una Asociación, si se presentan actos que sean contrarios a la Ley Universitaria o al Estatuto de la Universidad, estos actos deben ser revocados a pedido de algún miembro con legítimo interés de la comunidad Universitaria que considere que se ha actuado en contra de las normas que rigen los destinos universitarios y que afectan su finalidad y objetivos<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas, Exposición de Motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Editorial Grijley, Octava Edición actualizada, Lima, 2001 p. 206

<sup>84</sup> **Artículo 86.** La asamblea general elige las personas que integran el consejo directivo, aprueba las cuentas y balances, resuelve sobre la modificación del estatuto, la disolución de la asociación y los demás asuntos que no sean competencia de otros órganos.

<sup>85</sup> Así se puede apreciar en el artículo 4º del estatuto de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos que establece: “ *La Universidad Nacional Mayor de San Marcos es persona jurídica de derecho público interno, se rige por la Constitución, La Ley Universitaria, el presente Estatuto y sus Reglamentos (...)*”

<sup>86</sup> Para que se pueda apreciar algún aspecto de los Organos que rigen el destino de la Universidad considero importante citar algunas normas universitarias que indican cual es la base jurídica que utiliza la Universidad en general y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en particular, para su desarrollo institucional y el cumplimiento de sus fines. La Ley Universitaria ( Ley 23733) establece en su artículo 27 que : “ El gobierno de las Universidades y de las Facultades se ejerce por: a) La Asamblea Universitaria b)El Consejo

Desde la óptica del derecho societario, pero guardando similitud conceptual con los actos asociativos líneas arriba descritos, Garrigues<sup>87</sup> define a la Asamblea como la reunión de accionistas en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio, debidamente convocados, para deliberar y decidir por mayoría sobre determinados asuntos sociales propios de su competencia.

De otro lado De Gregorio define a la Asamblea como Organismo Social o de gobierno de la sociedad, al establecer que “La Asamblea es un Organismo esencial de las sociedades por acciones, puesto que en la organización jurídica de éstas y especialmente teniendo en cuenta su concepción como personas jurídicas, su voluntad no puede ser confundida con la suma de voluntades de las acciones similares y es precisamente la asamblea la que tiene la función de sustituir a tales voluntades particulares, formándolas, transformándolas, reduciéndolas a una síntesis para lograr la voluntad del ente”<sup>88</sup>.

Se ha manifestado que la Asamblea es el órgano supremo, afirmación que ha sido criticada por Halperin<sup>89</sup> quien sostiene que ello es inexacto, en la medida en que sus decisiones pueden ser impugnadas por los accionistas o socios y resistidas por el Directorio –en cuanto a su ejecución- cuando ellas son contrarias a la ley, estatuto o reglamento, y que sus acuerdos son sólo válidos si han sido adoptados dentro de los límites propios de sus facultades legales y estatutarias. Sin embargo, tal como lo indica Nissen<sup>90</sup>, lo que la doctrina pretende al calificar de soberana o suprema a la asamblea, es que ella tiene autoridad superior a todos los demás

---

Universitario c) El rector y d) El Consejo y el Decano de cada Facultad. El artículo 28 establece que “ La Asamblea Universitaria tiene la composición siguiente: a) El rector y el o los Vice Rectores, b) Los decanos de las facultades y en su caso, el director de la escuela de post grado, c) Los representantes de los profesores de las diversas facultades en número igual al doble de la suma de las autoridades universitarias a que se refieren en los incisos anteriores”.

<sup>87</sup> GARRIGUES, Joaquín, *Curso De Derecho mercantil*, T. I, p. 493 7ª Edición, citado por NISSEN, Ricardo A. “ *Impugnación Judicial de Actos y Decisiones Asamblearias*”. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1989 p. 42.

<sup>88</sup> DE GREGORIO, *De las Sociedades y las Asociaciones comerciales*, en Vivante..., *Derecho Comercial*, t. 6, vol I, p. 567, citado por NISSEN, op. Cit. P. 43.

<sup>89</sup> HALPERIN, Isaac, *Sociedades Anónimas*, Ediciones De Palma, 1975.

<sup>90</sup> NISSEN, op. Cit. p. 44

Organos sociales y que en principio, los demás órganos de la sociedad, así como sus accionistas deben quedar subordinados a sus acuerdos.

Sin embargo, lo antes expresado no es ilimitado sino que está supeditado a determinados condicionantes o límites que marcan las leyes, los estatutos y el orden público. Es interesante citar jurisprudencia extranjera que describe perfectamente lo argumentado, la misma que textualmente señala: “ (...)Fuera de él (se refiere al Orden Público), la asamblea no puede resolver nada que sea válido, y si lo hace, los directores, gerentes y síndicos pueden desacatar lo resuelto y los accionistas deducir acción ante el juez para declarar la nulidad de la ilegítima deliberación”<sup>91</sup>.

A esto se agrega lo indicado por el maestro Montoya Manfredi quien expresa que “el poder de decisión de la Asamblea no supone que tenga facultades que la autoricen para invadir esferas propias reservadas para otros órganos de la Sociedad, sino que su competencia específica está determinada por la ley, aun cuando en último término, el directorio está indirectamente subordinado a ella, pues la asamblea puede designar y remover a sus integrantes, así como censurar su gestión”<sup>92</sup>.

De lo antes expuesto podemos concluir señalando que tanto en los actos asamblearios de naturaleza asociativa como en los de índole societaria, los órganos de donde emanen los actos en cuestión deben actuar en concordancia con la ley, el estatuto o los reglamentos internos del ente, debiendo enmarcar su accionar dentro de estos parámetros regulatorios sin contravenir normas imperativas o atacar el Orden Público, de lo contrario dichos actos, así provengan del máximo órgano corporativo, serán pasibles de la impugnación propiamente dicha o de la acción de nulidad, como veremos líneas abajo.

---

<sup>91</sup> Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Rosario del 9/03/39, LL, t. 13 p.757, citada por NISSEN, op. Cit. p. 45

<sup>92</sup> MONTOYA MANFREDI Ulises, *Derecho Comercial*, t I p. 180

## 2.2.2 Impugnación Judicial de Actos Asamblearios

Doctrina nacional ha señalado que el derecho de impugnación judicial de acuerdos es un derecho esencial de los asociados, que les permite ejercer un control sobre las decisiones que adopten tanto la asamblea general de asociados como el consejo directivo, facultándolos para actuar judicialmente contra los acuerdos que sean contrarios a la ley y el estatuto.<sup>93</sup> A propósito, el estatuto es considerado como elemento formal de la persona tipo asociación<sup>94</sup>. Otros autores indican que “se trata mas bien de la limitación del derecho de acción de los asociados en el ámbito de los acuerdos de la asociación. Así, si no se hubiere regulado el derecho de impugnación judicial de acuerdos en el artículo bajo comentario, los asociados tendrían el derecho a solicitar la declaración de invalidez de los acuerdos de la persona jurídica en virtud del derecho de acción que ostentan, que permite a todo sujeto de derecho acudir a los Tribunales pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica. Dicho derecho de acción no se vería limitado por los breves plazos para la impugnación de acuerdos que establece la norma, ni encontraría sujeto su ejercicio a las exigencias formales que en el artículo bajo comentario se establecen”<sup>95</sup>.

Considero que no se trata de ninguna limitación, sino que son dos cosas distintas y con características diferentes, por un lado la impugnación judicial de acuerdos contra actos que sean contrarios al Estatuto o la Ley y por otro lado la solicitud de invalidez de los actos asamblearios por causas que sean típicamente presupuestos de nulidad y que atenten contra el orden público o contra normas

---

<sup>93</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, op. Cit. p. 214

<sup>94</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *LA PERSONA JURÍDICA*, Editorial Civitas 2da. Ed. P. 280. El autor asimismo señala que el “estatuto en cuanto concierto de voluntades de sus miembros (*pactum associationis*) y ley para las relaciones sociales (*lex societatis*), es fundamento de la existencia y del desenvolverse de la persona jurídica. Las leyes modernas han procurado detallar sus cláusulas: Hay algunas imprescindibles, como la fijación de su objeto o finalidad, la determinación de sus órganos o representantes, el señalar las condiciones para ser y dejar de ser socios o asociados” p. 280.

<sup>95</sup> ALDANA DURAN, Mariella, *Impugnación Judicial de Acuerdos. Comentarios al artículo 92 del CC*, en “*CODIGO CIVIL COMENTADO*” Tomo I Gaceta Jurídica Editores p. 448.

imperativas. Así, por ejemplo en nuestra ley societaria la impugnación judicial de acuerdos *strictu sensu* está normada en el artículo 139, mientras que la acción de nulidad se encuentra prevista en el artículo 150 de la Ley. En esta norma se diferencia la pretensión de impugnación judicial de acuerdos de la de nulidad. Mientras que en el caso de las personas jurídicas sin finalidad lucrativa no existe tal distinción en nuestro Código Civil, debiendo entenderse que las razones de la impugnación de acuerdos se encuentran previstas en el artículo 92 del Código Civil (violación de disposiciones legales o estatutarias) y las razones de nulidad de actos derivados de las asambleas se rige por las causales de nulidad absoluta prescritas en el artículo 219 del Código Civil<sup>96</sup>.

En materia societaria se define la impugnación de acuerdos como un derecho potestativo ya que el socio tiene la facultad o no de ejercitarlo; se dice también que es un derecho personal porque es inherente a la condición de accionista, condición que no solamente debe ostentarse al momento de tomarse el acuerdo materia de la impugnación sino que debe mantenerse durante todo el proceso y finalmente se le considera como un derecho subjetivo por cuanto se le concede al accionista dicho derecho para formular su pretensión en base a su apreciación personal, la misma que debe compatibilizarse con el interés social<sup>97</sup>.

Para Maria del Carmen Flores Miranda<sup>98</sup>, el derecho de impugnación es un derecho complementario al derecho de voto que sirve para cautelar la correcta formación de la voluntad social que, como se sabe, es distinta e independiente de la voluntad de los accionistas que forman la Junta General, derecho que le es conferido al accionista que no contribuyó a su formación ya sea porqué votó en

---

<sup>96</sup> **Art. 219.** El acto jurídico es nulo: 1) Cuando falta la manifestación de voluntad del agente, 2) Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, 3) Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable, 4) Cuando su fin sea ilícito, 5) Cuando adolezca de simulación absoluta, 6) Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad 7) Cuando la ley lo declara nulo 8) en Caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la Ley establezca sanción diversa.

<sup>97</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, *El derecho de impugnación de acuerdos de Juntas Generales de Accionistas y su ejercicio a través de acciones judiciales*, en *Ius et Veritas* Año VI N° 11 p. 66

<sup>98</sup> FLORES MIRANDA, María del carmen. *Impugnación de acuerdos de sociedades anónimas en la legislación peruana..* Tesis para optar el grado de bachiller en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Lima, 1991

contra del acuerdo dejando constancia de su oposición, porque no estuvo presente en la junta en que se aprobó el acuerdo, o porque fue privado ilegítimamente de su derecho de voto.

### 2.2.3. Naturaleza Jurídica de la Acción de Impugnación de acuerdos asamblearios

A juicio de la doctrina argentina<sup>99</sup>, “no obstante las circunstancias apuntadas precedentemente, la acción prevista por los arts. 251 y ss. de la ley 19550 (impugnación judicial de acuerdos societarios)<sup>100</sup> debe considerársela una acción social, y no una acción individual, pues dicha acción es concedida al accionista como tal, es decir como integrante de la sociedad, con lo cual siguiendo las palabras de Siburú<sup>101</sup>, la ley no entiende favorecer directa o indirectamente el interés individual del socio, sino el de la sociedad, en la medida que éste obra como órgano de defensa social, en salvaguardia de las bases fundamentales de la sociedad, que son el estatuto y la propia ley”.

El análisis de la cuestión nos lleva a tratar de comprender lo que implica el *interés social*, recordando que todo acuerdo asambleario, cualquiera que sea su objeto, debe estar inspirado en ese interés que lleva implícito el pleno respeto del sistema societario. El principio rector de las mayorías<sup>102</sup>, como medio de obtener la

<sup>99</sup> NISSEN, op. Cit. P. 62

<sup>100</sup> **Art. 251.** *Todas las resoluciones de la asamblea adoptadas en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, pueden ser impugnadas de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de voluntad. También pueden impugnar los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor. La acción se promoverá contra la sociedad, por parte del juez de su domicilio, dentro de 3 meses de clausurada la asamblea.*” Esta Ley (19550), ha sido en parte modificada por la Ley 22903, y se encuentra incorporada al Código de Comercio argentino

<sup>101</sup> SIBURU, Juan B. “Comentario al Código de Comercio Argentino” Bs. Aires 1923 T. V p. 162

<sup>102</sup> Al respecto el profesor en materia societaria Julio Salas Sánchez expresa: “El principio mayoritario debe respeto a la ley, al estatuto y al interés social y sólo en tanto se identifique con esos intereses (que son ciertamente superiores a los suyos) puede ser digno de protección social” El profesor Salas refiere que los límites a las mayorías pueden ser objetivos o subjetivos, estando dentro de los primeros los límites tangibles que impone la ley o el estatuto y dentro de los segundos el abuso de derecho con todas sus dificultades de interpretación. SALAS SÁNCHEZ, Julio “*Algunas consideraciones sobre el derecho de impugnación de los*

decisión final, solo hace presumir la existencia del interés social; pero ello de ninguna manera en términos absolutos, pues el accionista, individualmente considerado, puede impedir, mediante las acciones impugnatorias, que esas mayorías utilicen abusivamente su poder en daño a la propia sociedad, por lo cual, en definitiva, *“la tutela de la minoría no es mas que la tutela de la propia sociedad mediante la acción del accionista aislado”*<sup>103</sup>.

#### 2.2.4 Los acuerdos susceptibles de impugnación

Comentario aparte merece el determinar si es jurídicamente permisible, en el caso de las asociaciones u otras personas no lucrativas, optar por la impugnación de los acuerdos tomados, no por la Asamblea General, sino por el Consejo directivo.

Del artículo 92 de nuestro ordenamiento civil<sup>104</sup> se infiere que la impugnación de acuerdos se efectúa contra las decisiones emanadas de Las Asociaciones a través de sus respectivas Asambleas Generales. No obstante lo antedicho, resulta interesante hacer mención a la duda consistente en determinar si se pueden impugnar actos expedidos por el Consejo Directivo. Al respecto Aldana<sup>105</sup> se pregunta y responde con perspicacia: “si los asociados podrán impugnar los acuerdos del Consejo directivo. Al respecto podría considerarse que- dado que el Código Civil no ha previsto expresamente la impugnación de estos acuerdos – los cuestionamientos a los mismos deben ventilarse al interior de la Asociación, correspondiendo a la Asamblea General como órgano máximo de la asociación el pronunciarse respecto a dichos acuerdos, pudiendo ser modificados o dejados sin

---

*acuerdos de las Juntas de Accionistas”* en Revista de Instituto Peruano de Derecho Tributario N° 14, Junio 1988, pp. 37

<sup>103</sup> GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T I, p. 742

<sup>104</sup> **Artículo 92.-** Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias. Las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo. Puede ser interpuestas por los asistentes si hubieran dejado constancia en carta de su oposición al acuerdo, por los asociados no concurrentes y los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto. Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar. Cualquier asociado puede intervenir en el juicio a su costa, para defender la validez del acuerdo. La impugnación se demanda ante el Juez Civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado.”

<sup>105</sup> ALDANA DURAN, Mariella op. Cit. p. 447 y ss.

efecto por la Asamblea General. Sin embargo, consideramos, que, empleando la analogía debe también admitirse la impugnación de acuerdos del consejo directivo que violen las disposiciones legales o estatutarias. Así, si se admite que acuerdos adoptados por el máximo órgano de la asociación sean cuestionados en sede judicial, con mayor razón debe admitirse que acuerdos adoptados por el órgano directivo sean igualmente cuestionados”.

Al respecto consideramos que solamente se justificaría la judicialización de los acuerdos tomados por el Consejo Directivo en el supuesto que la Asamblea General en su calidad de máximo Órgano de la Asociación no controle y revoque la decisión tomada por el ente de inferior jerarquía, pues de otro modo sería innecesaria la utilización de la vía judicial para resolver el conflicto.

En materia asociativa, en lo que respecta al contenido de las normas legales o estatutarias que se vulneran, puede distinguirse entre aquellas que regulan la forma en que se adoptó el acuerdo (requisitos de convocatoria, quórum, mayorías, lugar de celebración) y aquellas que atienden el fondo (límites de competencia y poder, prohibiciones, etc.). Igualmente en esta norma y a diferencia del sistema societario, que analizamos a continuación, no se ha previsto que sean impugnables aquellos acuerdos que sin violar disposiciones legales ni estatutarias, lesionan los intereses de la asociación, causal de impugnación que ha sido recogida La Ley general de Sociedades.

En materia societaria el texto del artículo 139 de la Ley General de Sociedades (Ley 26887)<sup>106</sup> establece que pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos

---

<sup>106</sup> **Artículo 139: Acuerdos Impugnables** “ Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la Junta General cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al Estatuto o al Pacto Social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley. No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al Estatuto. El juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente. En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe “

de la Junta General cuyo contenido contravenga la ley, el estatuto o el pacto social, o que lesionen en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas los intereses de la sociedad. Asimismo el artículo citado indica que los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad previstas en la ley o en el código civil también serán impugnables en las formas y plazos que señalan la ley. Al respecto la doctrina nacional señala que esta norma no distingue entre actos o acuerdos nulos y anulables “como si lo hace la Nueva ley de Sociedades Anónimas de España, aprobada por Real Cedula N 1564 de 1989. El artículo 115 de dicho Cuerpo legal considera como acuerdos nulos los acuerdos contrarios a la ley, señalando que los demás acuerdos, es decir los contrarios al estatuto o que lesionen los intereses de la sociedad son anulables, distinción que acarrea importantes diferencias respecto a la legitimación activa, respecto a los plazos de caducidad y también en lo concerniente a las vías procesales”<sup>107</sup>.

El profesor español en materia mercantil, Rafael Jiménez de Parga<sup>108</sup> nos comenta que el artículo 115 de la ley española constituye la base sobre la que se asienta el sistema vigente de impugnación de acuerdos, sumándose a este artículo 115, el contenido del artículo 143 de esta norma ibérica que por primera vez en ese ordenamiento jurídico abre a los administradores (directores) la posibilidad de impugnación de acuerdos nulos o anulables adoptados por el consejo de administración o cualquier otro órgano colegiado de administración<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “ *El derecho de impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas en la nueva ley general de sociedades*”, en *IUS ET PRAXIS*, N° 28, Año 1997 p. 21

<sup>108</sup> JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael, “ *La impugnación de acuerdos sociales en la Ley Reguladora de la Sociedad Anónima*”. *Estudios Jurídicos sobre la sociedad anónima*, Madrid, Editorial Civitas, 1995, p. 321, citado por HUNDSKOPF, op. Cit, p. 21

<sup>109</sup> El artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas española preceptúa: “**Artículo 115. Acuerdos Impugnables.** 1. Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. 2 Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables. 3. No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando hayan sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro. Si fuere posible eliminar la causa de impugnación, el juez otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada”. Si se desea revisar la Jurisprudencia española sobre la sección segunda de su ley referida a la Impugnación de Acuerdos es recomendable el trabajo de CARRERA GIRAL, Juan y CARRERA LOZANO, Enrique. *Ley de Sociedades Anónimas*. Vol. II 5ta. Ed. Editorial Bosch.

Para Rodrigo Uria<sup>110</sup> “En la amplia categoría genérica de los acuerdos impugnables, deben distinguirse los acuerdos radicalmente nulos y los simplemente anulables, reconociendo que en el plano puramente teórico la línea divisoria entre la nulidad y la anulabilidad es tan borrosa como imprecisa, pero en el terreno concreto de los acuerdos sociales la separación no es difícil de establecer”.

En el sistema societario patrio el hecho de que no exista una diferenciación expresa no nos impide considerar como acuerdo nulo, al igual que lo hace la citada ley española, al que es contrario a la ley, y como acuerdo anulable el que atenta contra el estatuto o el interés social. En sustento de la posición establecida en nuestra ley de no hacer ninguna diferenciación entre ambos supuestos esta la opinión de Garrigues y Uria<sup>111</sup> para quienes es conveniente evitar las distinciones entre acuerdos nulos y anulables y hacer de toda invalidez de los acuerdos sociales, causas simples de impugnación, para de esta manera excluir la posibilidad de situaciones divergentes y apartar la amenaza indefinida de la acción de nulidad, respondiendo a la necesidad que tienen las sociedades anónimas de ser dinámicas y de dar seguridad a sus accionistas y terceros<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*. Undécima Edición. Imprenta Aguirre, Madrid 1976, pag. 250

<sup>111</sup> GARRIGUES Joaquín y URÍA Rodrigo. Comentarios a la ley de Sociedades Anónimas. Tomo I . Imprenta Aguirre, Madrid, 1971, pag. 630, citado por HUNDSKOPF, Op. Cit.

<sup>112</sup> La doctrina en materia societaria ( HUNDSKOPF), para fines didácticos y pedagógicos, por lo tanto útiles y prácticos, hace la diferenciación entre: a) acuerdos nulos por infracción a la ley, b) acuerdos nulos por el contenido de estos, c) acuerdos que pueden ser considerados anulables. Dentro de los primeros (literal a) están los que se refieren al incumplimiento de los requisitos formales para la instalación y regular funcionamiento de la Junta; si dicho órgano social se convocó por quién no debía; si la junta se instaló sin la concurrencia mínima de accionistas; si se celebró sin convocatoria, no encontrándose presentes accionistas o representantes de la totalidad de las acciones; si se reunió fuera de la sede social y el estatuto no autorizaba un lugar diferente; si no se hubiere formado la lista de asistentes o si se privó a algún accionista de asistir a la junta o de su derecho a voto, etc. El autor hace referencia a que la enumeración que realiza es meramente enunciativa pues existen multiplicidad de casos que pueden ser objeto de nulidad. Dentro de los segundos (literal b) y citando al maestro MONTOYA MANFREDI, señala entre otros casos, el de la nulidad que provenga de la infracción de un mandato legal o que sea contrario a la moral, al orden público o a las buenas costumbres; el del acuerdo que viole los derechos de los accionistas como derechos mínimos; el de emisión de acciones no pagadas en el 25% de su valor , por lo menos; el de emisión de nuevas series sin estar pagadas las anteriores; el de creación de acciones de voto plural; el acuerdo de reparto de dividendos ficticios; el que apruebe la propuesta de distribución de beneficios sin detraer el mínimo correspondiente a la reserva legal etc. Dentro de los terceros (literal c) es decir aquellos que pueden ser considerados anulables estarían aquellos que contravienen normas estatutarias o que lesionan en beneficio de uno o varios accionistas el interés social. Es el caso que la mayoría, utilizando sus poderes , toma un acuerdo que, sin violar la ley o el estatuto posponga los intereses de la sociedad al interés personal de alguno de los socios , dirigiendo la voluntad social en una dirección opuesta la interés común, que es la razón de ser del contrato de sociedad.

### 2.2.5 Sistematización de las causas de impugnación en el derecho comparado. Abundando sobre el problema de las resoluciones nulas, anulables e inexistentes. La aplicación del derecho civil en materia de nulidad de acuerdos assemblearios.

Como indica Nissen<sup>113</sup> en su trabajo referido “Cabe sostener que en ausencia de soluciones específicas, en especial *en cuanto a los efectos de la nulidad del acuerdo assembleario*, se debe recurrir al ordenamiento civil, como consecuencia de lo dispuesto por el artículo 384 de la ley 19550, que al incorporarse al Código de Comercio, hace procedente la remisión al Código Civil de conformidad con las normas antes descritas. Sin embargo una breve lectura de los arts. 1037 a 1065 del Código Civil argentino<sup>114</sup> nos demuestra la improcedencia de la aplicación *in totum* de esas disposiciones al tema que nos ocupa sobre todo por la naturaleza del contrato de Sociedad, considerado por el propio legislador como un contrato plurilateral de organización, que no se agota con el cumplimiento de las prestaciones por parte de los socios, sino que supone una actividad permanente dentro del tráfico mercantil, lo cual descarta muchas de las previsiones establecidas por el Código Civil en materia de nulidad, pensadas casi exclusivamente por los actos jurídicos bilaterales, y cuya consecuencia no es otra cosa que la vuelta de las cosas a su estado originario, como si el acto viciado nunca hubiera sido celebrado (Art. 1050 del CC argentino). Ello, como fácil es imaginar, *no es compatible* con el derecho de las sociedades, pues la aplicación

---

<sup>113</sup> NISSEN, op. Cit. p. 65

<sup>114</sup> **Art. 1037.-** *Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establece* **Art. 1038.-** *La nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada* **Art. 1045.-** *Son anulables los actos jurídicos cuando sus agentes obrasen con una capacidad accidental, cuando si por cualquier causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fue conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de formarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviera el vicio de error, violencia fraude o simulación y si dependiese para su validez de su forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos.,* **Art. 1046.-** *Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados, y solo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase.*

del art. 1050 del Código Civil afectaría legítimos intereses de los terceros que han contratado con la sociedad, para quienes las deficiencias que han afectado a la constitución de la Sociedad o el regular funcionamiento de sus órganos son cuestiones que le resultan extrañas . Es, pues, impensable considerar, al menos como principio general que el acuerdo social que ha sido ejecutado o ha tenido principio de ejecución, debe ser tenido, frente a una decisión judicial invalidatoria, como si el nunca hubiera sido celebrado, pues ello no sería otra cosa que una ficción jurídica incompatible con la verdad de lo acontecido y fuente de injusticias y perjuicios para terceros de buena fe. Basta imaginar los perjuicios que ocasionaría al tráfico mercantil y la inseguridad que generaría la aplicación del art. 1050 del C.C., frente al supuesto de declararse la nulidad de la designación de un determinado directorio, pues debería de ello derivarse la nulidad de toda contratación efectuada por ese órgano de administración con posterioridad a su viciosa designación, lo cual es sencillamente impensable”. Esta argumentación tan claramente expresada por Nissen puede aplicarse perfectamente a nuestra realidad jurídica, no solamente en el caso de los efectos generados por las decisiones de los Organos de Sociedades Anónimas sino también en el caso de las Asociaciones o a las personas jurídicas sin fines de lucro en general, en donde la invalidez declarada judicialmente de los actos que hayan sido expedidos por los Organos asociativos respectivos (Asamblea General, Consejo Directivo) no puede perjudicar los derechos adquiridos de terceros de buena fe ni perjudicar el normal desenvolvimiento del ente<sup>115</sup>.

Dentro del contexto de la vigente Ley de Sociedades argentina, y siguiendo la línea conceptual de Garrigues<sup>116</sup> y de Vásquez del Mercado<sup>117</sup>, respetada doctrina

---

<sup>115</sup> Tal es el caso presentado por el cuestionamiento a la elección del Rector de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Persona Jurídica de Derecho Público), en el cual se demandó judicialmente la nulidad del acto asambleario que lo designaba, por no haberse tomado en cuenta los votos de los docentes que tenían más de 65 años. Si bien es cierto el proceso está en curso, en el supuesto que se declarase la anulación del acto asambleario esta nueva situación no podría acarrear la nulidad de todos los actos que en sus mas de dos años en el cargo ha suscrito el rector en su calidad de presidente de la Asamblea y Consejo Universitarios pues generaría una total inestabilidad y anarquía.

<sup>116</sup> GARRIGUES, op. Cit. En nota 69.t I, p 511

<sup>117</sup> VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *Asambleas, Fusión y liquidación de sociedades mercantiles*, ps. 233 Y ss.

argentina<sup>118</sup> considera que cualquier intento de hacer un listado de los acuerdos nulos y de los acuerdos anulables implica descender a una casuística interminable que siempre pecaría por omisión. En este sentido se cree que basta recurrir a los principios generales previstos por el ordenamiento civil en cuanto a los criterios distintivos entre uno y otro supuesto de invalidez, recordando siempre las particularidades que ofrece el acto asambleario como declaración de voluntad de carácter colegiado.

Entonces, en materia de invalidez de decisiones asamblearias, ya sea el acto nulo o anulable, y a diferencia de lo previsto por el Código Civil (refiriéndose al argentino, pero aplicable al caso peruano) “esa invalidez en ningún caso puede afectar los derechos de terceros de buena fe, por la sencilla razón de que no resulta aplicable al derecho societario el efecto retroactivo que la declaración de nulidad supone, a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil, en el cual, cuando la nulidad es manifiesta, el tercero no puede fundar un derecho adquirido sobre un título que carecía *ab initio* de idoneidad”.<sup>119</sup>

La doctrina argentina citada predica la Exclusión de las Nulidades Absolutas del procedimiento de Impugnación de Asambleas previsto por los arts. 251 y ss. De la Ley 19550. En este sentido se diferencia de la Ley societaria peruana que sí regula la acción de nulidad absoluta en su artículo 150, cuando se trata de invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad de previstas en esta ley (Ley General de Sociedades) o en el Código Civil<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> NISSEN, op. Cit. p. 70

<sup>119</sup> NISSEN, op. Cit. p. 70

<sup>120</sup> **Artículo 150.- Acción de Nulidad, legitimación, proceso y caducidad**

Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil.

Cualquier persona que tenga legítimo interés pueda interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento. La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo.

**Artículo 151.- Otras impugnaciones.-** El juez no admitirá a trámite, bajo responsabilidad, acción destinada a impugnar o en cualquier otra forma discutir la validez de lo acuerdos de la junta general o de sus efectos, que no sean mencionadas en los artículos 139 y 150.

Así se explica que “ El *quid* de la cuestión reside, pues, en determinar si el art. 251 de la ley 19550 comprende, en su seno, todos los supuestos de nulidad que puedan afectar una decisión asamblearia, o solamente aquellos acuerdos que han afectado intereses particulares que impliquen su nulidad relativa.<sup>121</sup>

Al respecto Borda<sup>122</sup>, refiriéndose a que los actos afectados de nulidad absoluta son aquellos contrarios a norma imperativa o contravinentes al orden público, manifiesta que existe plena identificación entre ley imperativa y de orden público, de lo cual se desprende que toda ley imperativa es de orden público, porque cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio y veda a los interesados apartarse de sus prescripciones, es porqué considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento, o, resumiendo, porque se trata de una ley de orden público. En definitiva, concluye este autor que “leyes imperativas y leyes de orden público son conceptos sinónimos”.<sup>123 124</sup>

En la legislación especial argentina (Ley 19550) a diferencia de otros cuerpos legales<sup>125</sup>, no se aprecia norma expresa sobre las *dos clases de acciones* para atacar los acuerdos adoptados en asambleas de accionistas : una de ellas es la prevista por los arts. 251 al 254 de la ley 19550, que se refiere a la impugnación de acuerdos asamblearios “nulos de nulidad relativa”, los mismos que sin la declaración invalidatoria se estiman como válidos. Esta acción puede ser definida como la estricta acción de impugnación, y sólo puede ser iniciada por los sujetos legitimados que menciona el art. 251 en el breve término de prescripción que dicho artículo señala. En nuestra legislación esta “estricta acción de impugnación” se encuentra prevista en el artículo 139 de la Ley General de Sociedades.

<sup>121</sup> NISSEN, op. Cit. p. 73

<sup>122</sup> BORDA, Guillermo, *retroactividad de la Ley y derechos adquiridos*, Bs. Aires,1960 N° 39, .p. 55

<sup>123</sup> BORDA, op. Cit. p. 55

<sup>124</sup> A propósito, La doctrina nacional propone una modificación al art. V del Título Preliminar del Código Civil, en el sentido que basta hablar de Orden Público, pues las buenas costumbres están subsumidas en este principio ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional*, en *Ius et Veritas* Año XII N° 24,p. 312-313.

<sup>125</sup> Ley española de sociedades anónimas, art. 115; ley general de sociedades mercantiles mejicana, arts. 19, 21,102,156,188,196 y 201

La segunda de las acciones es la acción de nulidad que no se encuentra prevista expresamente en la ley 19550 pero que se evidencia en las normas del Código Civil. Dicha acción tiende a obtener la declaración de nulidad absoluta del acto asambleario y puede ser iniciada por cualquier interesado, siempre que demuestre la existencia de un interés en sentido jurídico. “Esta acción, en la legislación argentina es, por la índole de los intereses afectados, de carácter imprescriptible, y el acto viciado no puede ser objeto de confirmación por asamblea posterior”<sup>126</sup>.

A diferencia de la legislación argentina la normativa societaria española de 1989 en su artículo 115 diferencia expresamente entre los acuerdos nulos y aquellos anulables. Entre los primeros se encuentran aquellos contrarios a la ley y entre los segundos aquellos contrarios a la Ley de sociedades anónimas, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. Es interesante hacer mención a la doctrina española<sup>127</sup>, la misma que en el caso de los “acuerdos contrarios a la ley” del art. 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, distingue las diversas lecturas de la palabra ley, la primera entendida como la propia Ley de Sociedades Anónimas, la segunda entendida como la Ley en sentido formal (disposiciones emanadas de las Cortes Generales) o como ley en sentido material (cualquier norma jurídica en general). El autor citado opta por una interpretación extensiva de la palabra “ley” por lo que es partidario de la tercera interpretación.

En la legislación nacional la distinción entre la acción de impugnación propiamente dicha y la acción de nulidad se encuentra en los ya citados artículos 139 y 150 de la Ley General de Sociedades ( Ley 26887) y para mayor confusión, como veremos mas adelante en el artículo 38 de la LGS.

---

<sup>126</sup> NISSEN, op. cit. p. 85

<sup>127</sup> RODRÍGUEZ VILLA, Daniel, *Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Accionistas, Legislación, Doctrina y Jurisprudencia, según el nuevo texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, 2da. ED. Ed. Aranzadi pp. 37 y ss.

### 2.2.6 Algunos presupuestos para la acción de impugnación de acuerdos asamblearios

Tal como lo expresa el comercialista Suarez Anzorena<sup>128</sup> es posible afirmar que la acción de Impugnación Judicial de un acto asambleario o de decisiones asamblearias adoptadas en él, puede tener por causas, sin agotarlas, las siguientes:

- a. La inexistencia o la irregular convocación, celebración o instrumentación del acto asambleario.
- b. La falta de competencia del Organo o la adopción de decisiones que no fueran consecuencia del tratamiento de puntos incluidos en el orden del día, salvo las excepciones previstas por la ley
- c. La falta de quórum o mayoría legal computable a los efectos de la decisión de que se trata
- d. La ilegitimidad de los contenidos de la decisión, en tanto esta contravenga disposiciones obligatorias de la ley, los estatutos o reglamentos de origen asambleario vigentes al tiempo de la celebración
- e. La existencia de abusos de mayorías irrazonablemente lesivos de derechos esenciales de los socios o del interés social.

Efectivamente, una asamblea puede gozar de validez o padecer de invalidez, de igual manera los acuerdos adoptados en ella. “Una asamblea que ha sido deficientemente convocada , o que se haya celebrado sin el quórum previsto por la ley, o, finalmente, cuyas decisiones hayan sido adoptadas sin respeto del régimen previsto, es nula en su totalidad, y la declaración judicial de invalidez pronunciada en el juicio correspondiente, la tendrá por no celebrada, sin subsistencia de ninguna de las resoluciones en ella adoptadas, a salvo los derechos de terceros de buena fe que han contratado con la sociedad como consecuencia del acuerdo

---

<sup>128</sup>SUAREZ ANZORENA, Carlos. *Impugnación Judicial de Actos y Decisiones Asamblearias*. Ponencia presentada en las segundas jornadas de nacionales de Derecho Societario, organizadas por la Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1981

asambleario, a quienes la invalidez de éste no puede serles opuesta, por la apariencia de legalidad que emana de la actuación de los órganos sociales”<sup>129</sup>. Hecho importante es que la nulidad de acto asambleario, cuando se dan los requisitos previstos legalmente, debe ser declarada sin reparar en la incidencia del porcentaje accionario que revisten los accionistas que la promuevan, en vista que la decisión de invalidación debe agotarse en el análisis de lo acontecido en ese acto asambleario.

Nissen clasifica las causales de impugnación arriba detalladas de la siguiente manera:

- 1) vicios en la convocatoria de la asamblea
- 2) vicios en la celebración de ella
- 3) vicios en el contenido de la resolución adoptada

El primer punto nos lo explica Vanasco<sup>130</sup> para quién la nulidad de la asamblea, que es contenido de la acción de impugnación, debe vincularse con una resolución asamblearia, como acto final declarativo de la voluntad social. Sin embargo la causa de invalidación no tiene porqué estar en la decisión misma, sino que del mismo modo puede encontrarse en la manera inidónea en que se ha llegado a tal resolución. La ley general de Sociedades peruana habla acuerdos “*cuyo contenido sea contrario a esta ley*”, lo cual nos podría llevar a pensar que solamente serían impugnables aquellos actos “cuyo contenido” contravenga la norma mas no los vicios atinentes al procedimiento de la formación asamblearia, lo cual no consideramos que haya sido la intención del legislador. Queda sujeta a la acción de impugnación, una resolución asamblearia, tanto si se llega a ella por vicios que afecten el procedimiento reglado para su formación – aunque en sí la decisión no sea contraria a ley, estatuto o reglamento-, como si la decisión a que se ha llegado

---

<sup>129</sup> NISSEN, op. Cit. p. 88

<sup>130</sup> VANASCO, Carlos. *Contribución al estudio de las acciones de impugnación de asambleas y de decisiones asamblearias en la ley 19550*, publicado en la Revista Homenaje a la Inspección General de Justicia, con motivo de su 90º aniversario

por un procedimiento inobjetable, constituya en su contenido una declaración contraria a ley, al estatuto o reglamento.

Para Vásquez de Mercado<sup>131</sup> sólo la falta de requisitos formales para la formación del acto determina su nulidad. Al contrario, si tales requisitos se hallan viciados, estaremos en presencia de un acto anulable.

En segundo lugar en lo que respecta a los vicios en la celebración de la asamblea tenemos la necesidad de la presencia de un quórum mínimo y la adopción de acuerdos por las mayorías previstas en la ley o el estatuto. Asimismo también se encuentran dentro de estos vicios, la violación del derecho de deliberar, en tanto comprensivo del derecho de información, siendo esta causa de nulidad absoluta de la decisión asamblearia, que no puede ser expresada nunca como expresión de voluntad del ente por resultar incompatible esa violación con las normas de funcionamiento de los órganos societarios<sup>132</sup>.

Cabe mencionar la repercusión del voto sobre el acuerdo adoptado, que se mide por la llamada “ prueba de la resistencia” que consiste en determinar si la falta del voto impugnado hubiese impedido la validez de la decisión asamblearia considerada de manera tal, que cuando sin el voto impugnado se hubiera podido resolver sobre ese punto, la cuestión sobre la invalidez de ese voto es irrelevante a los fines de atacar el acuerdo adoptado.

En tercer lugar, refiriéndonos a los Vicios en el contenido de la decisión social adoptada, se debe tener en cuenta que no basta el cumplimiento de las formalidades pues, muchas veces, mas allá de la aparente legalidad de la decisión social, esta puede encubrir una desviación indebida del interés social, en virtud de resultados que solamente interesan a un grupo de accionistas, en detrimento de los derechos de los accionistas minoritarios, configurándose lo que la doctrina ha

---

<sup>131</sup> op. Cit. p.233

<sup>132</sup> NISSEN, op. Cit. p. 100

llamado “abuso de mayorías” como aplicación particular al campo societario de la teoría del abuso del derecho.

Como se ha podido apreciar de las líneas precedentes, hemos tratado de dar algunas pinceladas, dentro del sinnúmero de situaciones que se derivan de la figura de la impugnación judicial de acuerdos asamblearios, que nos permitan clarificar el universo de instituciones centrales para el desarrollo y desenvolvimiento de las personas jurídicas, tanto con finalidad lucrativa como sin ésta. Las aristas tratadas nos han permitido apreciar con mayor seguridad las instituciones planteadas en los dos precedentes transcritos, el primero de los cuales, referido a la impugnación de acuerdos en una asociación, nos hace ver que la carencia de representación constituye la ausencia de un presupuesto esencial para la validación de la Asamblea, por lo que procede su nulidad. El segundo de los casos, referido a la toma de acuerdos societarios contravinentes a los estatutos o al pacto social, nos permite visualizar con claridad que pese a que tales acuerdos fueron posteriormente ratificados hasta en dos oportunidades por los órganos de la Sociedad, la Judicatura, en resguardo de la seguridad jurídica y del interés social, ha optado por declarar su nulidad. Claro, existen muchos aspectos que, como es el caso de las medidas cautelares aplicables o el de la legitimación para citar dos de ellos, trataremos en los capítulos siguientes.

## CAPITULO III

### LA NULIDAD DE ACUERDOS EN MATERIA CIVIL Y SOCIETARIA

Si bien es cierto la nulidad de acuerdos propiamente dicha se encuentra regulada en el artículo 150° de la Ley General de Sociedades (LGS), no podemos obviar el comentario a la *Impugnación Judicial de Acuerdos*, como se ha visto, regulada en el artículo 139 de la LGS. En el formante jurisprudencial peruano existe una superposición de conceptos y de instituciones cuando se habla de las causales para invocar la nulidad o la impugnación de determinado acuerdo, utilizándose arbitrariamente categorías de derecho comercial en ámbitos en donde el derecho civil a alcanzado un probado desarrollo conceptual y jurisprudencial. Consideramos que si bien la nulidad o impugnación de acuerdos son regulados por la LGS y por tanto tienen un enfoque societario y comercial ineludible, la doctrina civil tiene un importante aporte que dar para la delimitación conceptual y la clarificación de situaciones de la “realidad jurídica”, para usar una expresión de Scognamiglio, que permitirá resolver incertidumbres jurídicas que se presentan a diario en el mundo comercial y corporativo. Sin los conceptos claros, como hemos tratado de dar en el breve panorama de las líneas precedentes, se hace muy difícil llegar a buen puerto en materia de impugnación y nulidad de acuerdos tanto en materia civil como societaria.

Para comenzar graficando la necesidad de vincular la arista civil con la comercial veremos a continuación cómo los Tribunales peruanos tiene respuestas diferentes para resolver los problemas de la Impugnación y Nulidad de Acuerdos.

Así, por ejemplo, en el caso N° 858-99 de la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento y distinguiendo las causales de nulidad previstas en el artículo 219 del Código Civil de las de impugnación judicial de acuerdos prescritas en el artículo 92 del mismo cuerpo sustantivo, se estableció:

**La impugnación judicial de los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias, debe ser resuelto dentro del marco que regula el artículo 92 del Código Civil, mas no corresponde analizarlas bajo las causales de nulidad previstas por el artículo 219 del CC, aun cuando hubieren sido invocadas en la demanda.**

**Según el principio *iura novit curia*, el juez debe aplicar la norma pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.**

La sentencia que privilegia la aplicación del artículo 92 del CC. Estableció lo siguiente:

“ Lima, diez de noviembre de mil novecientos noventinueve.

VISTOS: interviniendo como Vocal ponente el señor Aguado Sotomayor, con el acompañado; por sus fundamentos; y CONSIDERANDO además: Primero.- Que la demanda se ha planteado bajo el amparo de lo dispuesto por el artículo 92 del Código Civil, cuya norma legal posibilita la impugnación judicial de los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias, por lo que la citada pretensión debe ser resuelta a la luz de tal marco legal anotado, mas no corresponde analizar las causales de nulidad previstas por el artículo 219 del Código Sustantivo, aun cuando han sido invocadas en la demanda, de modo que debe estarse al principio *iura novit curia* que prescribe el artículo VII del Código acotado. Segundo.- Que en este contexto, del escrito de demanda se advierte que el actor alega la violación de la disposición estatutaria contenida en el artículo 27, precisando específicamente en el cuarto punto del anotado escrito lo siguiente: a) Que lo correcto debió ser que el acto eleccionario sea convocado cuando menos para el seis de agosto próximo; b) El comité electoral debió previamente dirigirse al consejo de administración solicitando: i) El padrón de socios hábiles; ii) La documentación necesaria; c) Publicación de relación de socios aptos para participar en la elección y permitir que los socios inhábiles regularicen su situación; d) Redactar un proyecto de reglamento electoral que debió ser publicado y entregado a todos y cada uno de los socios para su conocimiento, discusión y

aprobación en asamblea general convocada exclusivamente para este comité electoral, sosteniendo igualmente que se llevó a cabo el proceso electoral conformando una lista únicamente con socios inhábiles. Tercero.- Que sin embargo, tales argumentos no han sido acreditados de manera alguna, pues si bien es cierto que la parte demandada no ha exhibido la documentación requerida por el demandante en el ofertorio de su demanda, también es cierto que tal conducta procesal no demuestra por sí sola los hechos descritos en la demanda, por cuanto fundamentalmente debe considerarse que el demandante, en su declaración de parte prestada en la audiencia de pruebas de fojas doscientos ochentidós - doscientos ochentitrés, al contestar la tercera pregunta del interrogatorio de fojas doscientos setentisiete, admite de manera expresa haber participado activamente en el acto electoral materia de impugnación, habiendo encabezado una lista de candidatos, lo cual revela no sólo que reconoció explícitamente la legalidad del acto, y por tanto, el cumplimiento de las formalidades establecidas por el estatuto, sino también resulta obvio que se encontraba en la posibilidad plena de ejercer su derecho de tacha contra la otra lista integrada según su afirmación de la demanda “con socios inhábiles”, máxime que este hecho tampoco ha sido acreditado; consecuentemente, la falta de exhibición de los documentos aludidos no avala su pretensión en sentido afirmativo, por lo que no dándose los supuestos contenidos en el artículo 92 del Código Civil; CONFIRMARON la sentencia apelada de fojas cuatrocientos once a cuatrocientos quince, su fecha veintiséis de marzo del presente año, que declara INFUNDADAS las tachas de testigo y de documentos deducidas mediante escrito de fojas ciento ochentinueve a ciento noventa; sin objeto emitir pronunciamiento respecto de la oposición a exhibiciones deducida en el mismo escrito; e INFUNDADA la demanda, su fecha veintiocho de agosto de mil novecientos novecicinco, en los seguidos por Mariano Castro Navarro contra don Jorge Núñez Lértora en su condición de presidente del comité electoral de la Asociación Pro-Vivienda “Las Palmas” de Santiago de Surco, como litisconsorte pasiva necesaria; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS. AGUADO SOTOMAYOR / GASTAÑADUI RAMÍREZ / CHAHUD SIERRALTA”

En otro fallo y con un criterio diferente al anotado líneas arriba la Corte Suprema resolviendo una Casación proveniente de Huaura (Casación N° 46-94 HUAURA) sentenció que **las impugnaciones sobre nulidad de acuerdos societarios están fundadas en las causales de nulidad que establece el Código Civil, se encuentran sometidas a dicho cuerpo legal, que no señala el plazo de sesenta días para interponer la acción.** Como se puede apreciar en este caso se aplicó el plazo regulado en el Código Civil que es mucho mayor (10 años) y no el plazo previsto en el mismo cuerpo normativo pero destinado a la impugnación judicial de acuerdos (60 días). Se observa entonces que en la anterior resolución judicial se tomó como base normativa para resolver el conflicto de intereses el artículo 92 del CC. es decir la impugnación judicial de acuerdos y en esta última sentencia invocada la base legal utilizada es la que regula el régimen de la Nulidad del Negocio Jurídico cuya base legal es el artículo 219 del CC.

En la Casación N° 129-2001 CONO NORTE publicada en El Peruano el 02/02/2002 se resuelve sobre la **Impugnación de acuerdo societario sustentada en causales de nulidad del acto jurídico.** La resolución judicial (sentencia) señala en su sumilla lo siguiente: **“Si del texto de la demanda consta que la acción de impugnación propuesta por las actoras se funda en causales de nulidad previstas por el Código Civil. Con arreglo a lo dispuesto por el artículo 152 de la Ley General de Sociedades derogada (Decreto Legislativo número 311), aplicable ultractivamente al caso de autos, tal impugnación queda sometida a las reglas de dicho Código. En tal virtud, no resulta amparable el recurso en cuanto denuncia la inaplicación del artículo 144 de dicha Ley.”**<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> La Casación N° 129-2001 CONO NORTE (El Peruano, 02/02/2002), resolvió: Lima, cinco de octubre del dos mil uno.- La SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, vista la causa el día de la fecha, y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia. Con el acompañado. 1. MATERIA DEL RECURSO: Es materia del presente recurso de casación la resolución de vista de fojas trescientos treintiocho, su fecha veintiuno de julio del dos mil, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima que, confirmando la sentencia apelada, declara nula la asamblea, del veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y siete y del diecinueve de mayo del mismo año, de la empresa Estación de Servicios Kendall Sociedad de

En otro fallo judicial en donde no se distingue con claridad si es pertinente la aplicación de la Nulidad prevista en el artículo 38 de la LGS o la impugnación judicial de acuerdos regulada en el artículo 139 de la LGS, la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 1442-2002-AREQUIPA (publicada en El Peruano el 2 de enero de 2003), resuelve que **La impugnación de un acuerdo societario no es procedente en vía judicial cuando dicho acuerdo haya sido revocado o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto; es decir, un acuerdo puede ser dejado sin efecto por el mismo órgano que lo adoptó. Sin embargo, es necesario recurrir al Poder Judicial en caso de que se afecten derechos de terceros de buena fe.**

---

Responsabilidad Limitada y nula la inscripción de esta última acta, en el proceso seguido por doña Deydi Villacorta Gómez y otra, contra la aludida empresa, sobre nulidad de acto jurídico. 2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO. Mediante resolución de fojas treintinueve del cuaderno de casación, su fecha diecisiete de abril del año en curso, se ha declarado procedente el recurso interpuesto por Estación de Servicios Kendall Sociedad de Responsabilidad Limitada, por las causales previstas en los incisos 2 y 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, relativa a la inaplicación de normas de derecho material y contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso. 3. CONSIDERANDOS: Primero.- Habiéndose declarado procedente el recurso de casación mediante resolución de fojas treintinueve, de fecha diecisiete de abril del año en curso, de este cuadernillo, por las causales de inaplicación del artículo 144 del Decreto Legislativo número 311 (Ley General de Sociedades) y contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso, de primera intención debe analizarse si el recurso por esta última causal debe declararse fundada o no, pues en el primer supuesto carecería de sentido pronunciarse por la causal prevista en el inciso 2 del artículo 386 del Código Procesal Civil. Segundo.- La denuncia relativa a la contravención del inciso 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil, sustentada en que las sentencias de mérito irregularmente han emitido resolución sobre un punto no controvertido (la nulidad de la asamblea del veintidós de febrero de mil novecientos noventa y siete), no tiene asidero legal para ampararla por cuanto que, en el sexto considerando de la sentencia de primera instancia, se constata el fundamento por el cual el Juez declaró de oficio dicha nulidad haciendo uso de la facultad que le confiere el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, que prevé que la nulidad puede ser declarada de oficio por el Juez si ello resulta manifiesta. Estas razones conducen a declarar infundado el recurso por dicha causal. Tercero.- En cuanto a la denuncia por inaplicación del artículo 144 del Decreto Legislativo 311 (Ley General de Sociedades), del texto de la demanda de fojas cuarentiuno, consta que la acción de impugnación propuesta por las actoras se funda en causales de nulidad previstas por el Código Civil. Con arreglo a lo dispuesto por el artículo 152 de la Ley General de Sociedades derogada (Decreto Legislativo número 311), aplicable ultractivamente al caso de autos, dicha impugnación queda sometida a las reglas de dicho Código. En tal virtud, no resulta amparable el recurso en cuanto denuncia la inaplicación del artículo 144 de dicha Ley, que se refiere a otro tipo de impugnaciones. Por consiguiente se llega a la determinación que el recurso es infundado. 4. DECISION: A) Declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Estación de Servicios Kendall Sociedad de Responsabilidad Limitada por las causales de inaplicación de normas de derecho material y contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso, en los seguidos por Deydi Villacorta Gómez y otra, sobre nulidad de acto jurídico, en consecuencia decidieron NO CASAR la sentencia de vista de fojas trescientos treintiocho su fecha veintiuno de julio del dos mil uno. B) CONDENARON a la empresa recurrente al pago de una multa de dos Unidades de Referencia Procesal. C) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano bajo responsabilidad; y los devolvieron. SS. VASQUEZ V.; CARRION L.; TORRES C.; INFANTES V.; CACERES B.

Efectivamente en su considerando cuarto el máximo Tribunal peruano argumenta:

“ **Cuarto:** Que, una vez que la Junta General adopta un acuerdo, nuestro ordenamiento jurídico otorga la posibilidad que se solicite su nulidad, para lo cual deberá observarse la forma prevista en el artículo treintiocho de la Ley General de Sociedades, Ley Número veintiséis mil ochocientos ochentisiete, pudiendo también solicitarse su impugnación, debiendo seguirse la forma prevista en el artículo ciento treintinueve del mismo cuerpo legal, siendo que para hacerse efectivos cualquiera de los supuestos jurídicos antes acotados, es necesario interponer la demanda respectiva ante el órgano jurisdiccional, a fin de que mediante sentencia firme y consentida se resuelva, sea la nulidad o la impugnación del acuerdo; Quinto: Que, el artículo ciento treintinueve antes acotado, establece en su segundo párrafo que la impugnación de un acuerdo no es procedente en vía judicial cuando dicho acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a Ley, al pacto social o al estatuto; es decir, que un acuerdo puede ser dejado sin efecto por el mismo órgano que lo adoptó, ello sin recurrir al órgano jurisdiccional; sin embargo, debe tenerse en cuenta que dicha norma no es aplicable en aquellos supuestos en que se afecta el derecho de terceros que han contratado de buena fe, ya que así lo establece el cuarto párrafo del antes referido artículo ciento treintinueve; Sexto: Que, en el caso de autos, al haber adoptado la Junta General de Socios de fechas veintisiete de marzo y primero de junio de mil novecientos noventinueve, acuerdos que implican derechos a terceros que han actuado de buena fe, no era procedente que la misma Junta deje sin efecto dichos acuerdos, por lo que al haberse acreditado el pago del saldo deudor correspondía el otorgamiento de escritura pública de cancelación de saldo por aporte de capital social, tal como lo han determinado las instancias de mérito; Séptimo: Que, cabe mencionar, que de considerar la empresa recurrente que los acuerdos adoptados a través de la Junta General de Socios de fechas veintisiete de marzo y primero de junio de mil novecientos noventinueve, eran contrarios a los artículos cincuenticinco, inciso quinto, ochentitrés y doscientos uno de la Ley General de Sociedades, referidos al monto

del capital, número de acciones y el pago de éstas, la creación de nuevas acciones y el órgano competente para crear nuevas acciones, respectivamente, debió recurrirse al órgano jurisdiccional en la forma prevista en la referida Ley, por lo que al no haberse procedido así, tienen plena vigencia, teniéndose en cuenta que han afectado el derecho de terceros; Octavo: Que, consecuentemente esta Suprema Sala considera que la Sentencia impugnada no ha inaplicado los artículos treintiocho, cincuenticinco, inciso quinto, ochentitrés y doscientos uno de la Ley General de Sociedades, Ley número veintiséis mil ochocientos ochentisiete; Declararon INFUNDADO el Recurso de Casación de fojas cuatrocientos veinte, interpuesto por la Empresa de Transportes de Servicios Múltiples Urbano e Interprovincial Señor de Lampa Sociedad de Responsabilidad Limitada; en consecuencia NO CASARON la sentencia de vista de fojas cuatrocientos diez, su fecha diecinueve de marzo del presente año; CONDENARON a la recurrente al pago de las costas y costos del recurso, así como a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; ORDENARON se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por Eusebio Machaca Cáceres y otros, sobre Otorgamiento de Escritura Pública; y los devolvieron.

SS. ECHEVARRÍA ADRIANZÉN; MENDOZA RAMÍREZ; LAZARTE HUACO; INFANTES VARGAS; SANTOS PEÑA.”

Consideramos, como se verá mas adelante, que es necesario no confundir las causales de nulidad previstas en el artículo 38 y 150 de la LGS (en el primer caso regulando el régimen de nulidad para todas las Sociedades y en el segundo en lo referido a la Sociedad Anónima) con las causales de Impugnación Judicial de acuerdos prevista en el artículo 139 de la LGS, pues sin no existiera distinción alguna carecería de sentido tal diferenciación y tendría que regularse en un solo artículo lo concerniente a la Impugnación Judicial de Acuerdos en donde se establezca cuando estamos frente a una causal de nulidad y cuando ante una causal de anulabilidad tal como lo regula el Código Civil Español mas adelante comentado.

En un interesante fallo la Corte Suprema de la República (28 de diciembre de 2001) distingue la nulidad del pacto social o del estatuto (art. 43 y 44 de la LGS) con la nulidad del acuerdo societario (art. 139 de la LGS) señalando, correctamente a mi entender, que no se puede ratificar acuerdos (así sea por unanimidad y por la Junta General de Accionistas) que contravengan el pacto social o el estatuto. Esto tiene sentido pues un negocio (puede ser un acuerdo) nulo no puede ser confirmado o ratificado pues está atacado en su estructura sea por carecer de un elemento esencial (elementos, presupuesto o requisito), sin embargo un acuerdo anulable sí puede ser confirmado o ratificado.

Así pues el fallo en comento resuelve que **Los acuerdos que violenten el pacto social o el estatuto son nulos así sean adoptados con las mayorías requeridas por ley, o incluso por unanimidad. Sin embargo, nada impide que la sociedad modifique previamente su pacto social, si sigue los procedimientos y formalidades previstos para ello, pero no puede adoptar un acuerdo contrario a una disposición estatutaria si antes no lo ha modificado**<sup>134</sup>.

---

<sup>134</sup> Los considerandos pertinentes de la sentencia son “Noveno: Al respecto debe indicarse que las primeras normas citadas están referidas a la nulidad del pacto, mientras que el artículo 139 citado está referido a la impugnación judicial de acuerdos societarios. Décimo: Bajo este contexto, debe tenerse en cuenta las diferencias que existen entre la nulidad del pacto social y la nulidad de un acuerdo societarios. Décimo Primero: Así pues, el pacto social y el estatuto establecen las normas que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, han decidido para regular sus relaciones dentro de la sociedad, consecuentemente, los acuerdos que violenten el pacto social o el estatuto son nulos así sean adoptados con las mayorías requeridas por ley o incluso por unanimidad; nada impide que la sociedad modifique previamente su pacto social, si sigue los procedimientos y formalidades previstos para ello, pero no puede adoptar un acuerdo contrario a una disposición estatutaria si antes no lo ha modificado. Décimo Segundo: Siendo ello así, los acuerdos que son adoptados con las formalidades de publicidad prescritas en el estatuto o en el pacto social son nulos de pleno derecho, por lo que no cabe pronunciamiento alguno sobre la conclusión del proceso bajo el fundamento de que el acuerdo en cuestión ha sido materia de sustitución o de ratificación, toda vez que el acuerdo que transgrede el pacto social no puede ser materia de ratificación alguna, pues el funcionamiento de una sociedad debe adecuarse en todo momento a las disposiciones de su estatuto y pacto social, pues ello es lo que otorga seguridad a socios y terceros. Décimo Tercero: En consecuencia las normas denunciadas resultan impertinentes para la solución del presente conflicto, toda vez que las mismas están referidas a la nulidad del pacto social y no a la nulidad de acuerdos societarios que es materia de la presente acción 4.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas y en atención a lo dispuesto por el artículo 396 del Código Procesal Civil declaran FUNDADO el recurso de casación interpuesto; en consecuencia NULA la resolución de vista de fojas ciento cuarentiséis, su fecha cuatro de mayo del dos mil uno; y actuando como sede de instancia REVOCARON la sentencia de fojas ciento ventitrés, su fecha treintiuno de enero del dos mil uno, que declara improcedente la demanda, con lo demás que contiene; y REFORMÁNDOLA declararon fundada la demanda; en consecuencia, nulos los acuerdos societarios adoptados por mayoría en las sesiones de Directorio del

### **3.1 Sistematización de las causas de impugnación en el derecho comparado. Abundando sobre el problema de las resoluciones nulas, anulables e inexistentes. La aplicación del derecho civil en materia de nulidad de acuerdos asamblearios.**

Tal como lo señalamos precedentemente el tema de la nulidad de acuerdos ha sido abordado por la doctrina comercial en la mayor parte de los casos sin tomar en consideración los aportes en materia de las Ineficacias negociales dados por la doctrina civilística. Consideramos que el desarrollo de la doctrina civil en materia de Invalidez e Ineficacia como someramente se ha tratado en los acápites precedentes tiene que servir de base y sustento para analizar la Impugnación Judicial de Acuerdos así como la Nulidad de Acuerdos, institutos previstos tanto en la LGS como en el CC.

Como indica Nissen<sup>135</sup> en su desarrollado trabajo, “Cabe sostener que en ausencia de soluciones específicas, en especial *en cuanto a los efectos de la nulidad del acuerdo asambleario*, **se debe recurrir al ordenamiento civil**, como consecuencia de lo dispuesto por el artículo 384 de la ley 19550, que al incorporarse al Código de Comercio, hace procedente la remisión al Código Civil de conformidad con las normas antes descritas. Sin embargo una breve lectura de los arts. 1037 a 1065 del Código Civil argentino<sup>136</sup> nos demuestra la

---

diecinueve de agosto del dos mil y dos de octubre del dos mil con expresa condena al pago de costos y costas a la parte vencida; DISPUSIERON la publicación de esta resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad y los devolvieron.

**SS. VÁSQUEZ C.; CARRIÓN L.; TORRES C.; INFANTES V.; CÁCERES B.”**

<sup>135</sup> NISSEN, Ricardo A. “*Impugnación Judicial de Actos y Decisiones Asamblearias*”. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1989, p. 65

<sup>136</sup> **Art. 1037.-** *Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establece* **Art. 1038.-** *La nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada* **Art. 1045.-** *Son anulables los actos jurídicos cuando sus agentes obrasen con una capacidad accidental, cuando si por cualquier causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fue conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de formarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviera el vicio de error, violencia fraude o simulación y si dependiese para su validez de su forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos.,* **Art. 1046.-** *Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados, y solo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase.*

improcedencia de la aplicación *in totum* de esas disposiciones al tema que nos ocupa sobre todo por la naturaleza del contrato de Sociedad, considerado por el propio legislador como un contrato plurilateral de organización, que no se agota con el cumplimiento de las prestaciones por parte de los socios, sino que supone una actividad permanente dentro del tráfico mercantil, lo cual descarta muchas de las previsiones establecidas por el Código Civil en materia de nulidad, pensadas casi exclusivamente por los actos jurídicos bilaterales, y cuya consecuencia no es otra cosa que la vuelta de las cosas a su estado originario, como si el acto viciado nunca hubiera sido celebrado (Art. 1050 del CC argentino). Ello, como fácil es imaginar, *no es compatible* con el derecho de las sociedades, pues la aplicación del art. 1050 del Código Civil afectaría legítimos intereses de los terceros que han contratado con la sociedad, para quienes las deficiencias que han afectado a la constitución de la Sociedad o el regular funcionamiento de sus órganos son cuestiones que le resultan extrañas. Es, pues, impensable considerar, al menos como principio general que el acuerdo social que ha sido ejecutado o ha tenido principio de ejecución, debe ser tenido, frente a una decisión judicial invalidatoria, como si el nunca hubiera sido celebrado, pues ello no sería otra cosa que una ficción jurídica incompatible con la verdad de lo acontecido y fuente de injusticias y perjuicios para terceros de buena fe. Basta imaginar los perjuicios que ocasionaría al tráfico mercantil y la inseguridad que generaría la aplicación del art. 1050 del C.C., frente al supuesto de declararse la nulidad de la designación de un determinado directorio, pues debería de ello derivarse la nulidad de toda contratación efectuada por ese órgano de administración con posterioridad a su viciosa designación, lo cual es sencillamente impensable". Esta argumentación tan claramente expresada por Nissen puede aplicarse perfectamente a nuestra realidad jurídica, no solamente en el caso de los efectos generados por las decisiones de los Órganos de Sociedades Anónimas sino también en el caso de las Asociaciones o a las personas jurídicas sin fines de lucro en general, en donde la invalidez declarada judicialmente de los actos que hayan sido expedidos por los Órganos asociativos respectivos (Asamblea General, Consejo Directivo) no puede

---

perjudicar los derechos adquiridos de terceros de buena fe ni perjudicar el normal desenvolvimiento del ente. Este es un caso en donde la lógica comercial y de seguridad del tráfico mercantil difiere, por lo menos en este aspecto, con lo expresado en materia de nulidad desde la óptica del derecho civil, pues están en juego también derechos de terceros que no pueden ser defraudados como si el negocio nunca hubiese existido, sin embargo esto no es motivo ni razón suficiente para omitir la aplicación de categorías civiles en materia de nulidad de acuerdos, categorías que son las que con mayor certeza y desarrollo conceptual se han desarrollado desde la perspectiva de la dogmática y la llamada jurisprudencia de conceptos en sede civil.

Dentro del contexto de la vigente Ley de Sociedades argentina, y siguiendo la línea conceptual de Garrigues<sup>137</sup> y de Vásquez del Mercado<sup>138</sup>, respetada doctrina argentina<sup>139</sup> considera que cualquier intento de hacer un listado de los acuerdos nulos y de los acuerdos anulables implica descender a una casuística interminable que siempre pecaría por omisión. En este sentido se cree que basta recurrir a los principios generales previstos por el ordenamiento civil en cuanto a los criterios distintivos entre uno y otro supuesto de invalidez, recordando siempre las particularidades que ofrece el acto asambleario como declaración de voluntad de carácter colegiado.

Entonces, en materia de invalidez de decisiones asamblearias, ya sea el acto nulo o anulable, y a diferencia de lo previsto por el Código Civil (refiriéndose al argentino, pero aplicable al caso peruano) “esa invalidez en ningún caso puede afectar los derechos de terceros de buena fe, por la sencilla razón de que no resulta aplicable al derecho societario el efecto retroactivo que la declaración de nulidad supone, a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil, en el cual,

---

<sup>137</sup> GARRIGUES, Op. Cit. En nota 69.t I, p 511

<sup>138</sup> VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *Asambleas, Fusión y liquidación de sociedades mercantiles*, pp. 233 Y ss.

<sup>139</sup> NISSEN, Op. cit. p. 70

cuando la nulidad es manifiesta, el tercero no puede fundar un derecho adquirido sobre un título que carecía *ab initio* de idoneidad”.<sup>140</sup>

La doctrina argentina citada predica la Exclusión de las Nulidades Absolutas del procedimiento de Impugnación de Asambleas previsto por los arts. 251 y ss. De la ley 19550. En este sentido se diferencia de la Ley societaria peruana que sí regula la acción de nulidad absoluta en su artículo 150, cuando se trata de invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad de previstas en esta ley (Ley General de Sociedades) o en el Código Civil<sup>141</sup>

Así se explica que “El *quid* de la cuestión reside, pues, en determinar si el art. 251 de la ley 19550 comprende, en su seno, todos los supuestos de nulidad que puedan afectar una decisión asamblearia, o solamente aquellos acuerdos que han afectado intereses particulares que impliquen su nulidad relativa.”<sup>142</sup>

Al respecto Borda<sup>143</sup>, refiriéndose a que los actos afectados de nulidad absoluta son aquellos contrarios a norma imperativa o contravinentes al orden público, manifiesta que existe plena identificación entre ley imperativa y de orden público, de lo cual se desprende que toda ley imperativa es de orden público, porque cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio y veda a los interesados apartarse de sus prescripciones, es porqué considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento, o, resumiendo, porque se trata

---

<sup>140</sup> NISSEN, Op. cit. p. 70

<sup>141</sup> **Artículo 150.- Acción de Nulidad, legitimación, proceso y caducidad**

Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil.

Cualquier persona que tenga legítimo interés pueda interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento. La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo.

**Artículo 151.- Otras impugnaciones.-** El juez no admitirá a trámite, bajo responsabilidad, acción destinada a impugnar o en cualquier otra forma discutir la validez de lo acuerdos de la junta general o de sus efectos, que no sean mencionadas en los artículos 139 y 150.

<sup>142</sup> NISSEN, Op. cit. p. 73

<sup>143</sup> BORDA, Guillermo, *retroactividad de la Ley y derechos adquiridos*, Bs. Aires, 1960 N° 39, p. 55

de una ley de orden público. En definitiva, concluye este autor que “leyes imperativas y leyes de orden público son conceptos sinónimos”.<sup>144145</sup>

En la legislación especial argentina (Ley 19550) a diferencia de otros cuerpos legales<sup>146</sup>, no se aprecia norma expresa sobre las *dos clases de acciones* para atacar los acuerdos adoptados en asambleas de accionistas: una de ellas es la prevista por los arts. 251 al 254 de la ley 19550, que se refiere a la impugnación de acuerdos asamblearios “nulos de nulidad relativa”, los mismos que sin la declaración invalidatoria se estiman como válidos. Esta acción puede ser definida como la estricta acción de impugnación, y sólo puede ser iniciada por los sujetos legitimados que menciona el art. 251 en el breve término de prescripción que dicho artículo señala. En nuestra legislación esta “estricta acción de impugnación” se encuentra prevista en el artículo 139 de la Ley General de Sociedades.

La segunda de las acciones es la acción de nulidad que no se encuentra prevista expresamente en la ley 19550 pero que se evidencia en las normas del Código Civil. Dicha acción tiende a obtener la declaración de nulidad absoluta del acto asambleario y puede ser iniciada por cualquier interesado, siempre que demuestre la existencia de un interés en sentido jurídico. “Esta acción, en la legislación argentina es, por la índole de los intereses afectados, de carácter imprescriptible, y el acto viciado no puede ser objeto de confirmación por asamblea posterior”<sup>147</sup>

A diferencia de la legislación argentina la normativa societaria española de 1989 en su artículo 115 diferencia expresamente entre los acuerdos nulos y aquellos anulables. Entre los primeros se encuentran aquellos contrarios a la ley y entre los segundos aquellos contrarios a la Ley de sociedades anónimas, se opondrán a los

---

<sup>144</sup> BORDA, Op. cit. p. 55

<sup>145</sup> A propósito, La doctrina nacional propone una modificación al art. V del Título Preliminar del Código Civil, en el sentido que basta hablar de Orden Público, pues las buenas costumbres están subsumidas en este principio **ESPINOZA ESPINOZA**, Juan, *El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional*, en *Ius et Veritas* Año XII N° 24, p. 312-313.

<sup>146</sup> Ley española de sociedades anónimas, art. 115; ley general de sociedades mercantiles mejicana, arts. 19, 21, 102, 156, 188, 196 y 201

<sup>147</sup> NISSEN, op. cit. p. 85

estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. Es interesante hacer mención a la doctrina española<sup>148</sup>, la misma que en el caso de los “acuerdos contrarios a la ley” del art. 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, distingue las diversas lecturas de la palabra ley, la primera entendida como la propia Ley de Sociedades Anónimas, la segunda entendida como la Ley en sentido formal (disposiciones emanadas de las Cortes Generales) o como ley en sentido material (cualquier norma jurídica en general). El autor citado opta por una interpretación extensiva de la palabra “ley” por lo que es partidario de la tercera interpretación.

En la legislación nacional la distinción entre la acción de impugnación propiamente dicha y la acción de nulidad se encuentra en los ya citados artículos 139 y 150 de la Ley General de Sociedades ( Ley 26887).

### **3.2. Sistematización de la Impugnación y Nulidad de Acuerdos en la legislación y su respuesta en la Jurisprudencia Nacional y Comparada**

El artículo 139 de nuestra LGS regula los llamados acuerdos impugnables<sup>149</sup>, siendo estos como se sabe, aquellos cuyo contenido sea contrario a la LGS, se

---

<sup>148</sup> **RODRÍGUEZ VILLA**, Daniel, *Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Accionistas, Legislación, Doctrina y Jurisprudencia, según el nuevo texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, 2da. ED. Ed. Aranzadi pp. 37 y ss.

<sup>149</sup> **Artículo 139°.- Acuerdos Impugnables** Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley. No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto. El juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente. En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe.”

El artículo 92 del Código Civil regula la Impugnación Judicial de acuerdos en materia asociativa, es decir en el caso de una persona colectiva sin fines de lucro: “**Artículo 92.-** Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias . Las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo. Puede ser interpuestas por los asistentes si hubieran dejado constancia en carta de su oposición al acuerdo, por los asociados no concurrentes y los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto. Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar. Cualquier asociado puede intervenir en el juicio a su costa, para defender la

opongan al estatuto o al pacto social o lesionen, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. En el mismo artículo se hace mención a los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en **la Ley**, o en el Código Civil. Sin embargo, los problemas comienzan cuando once artículos adelante se regula en la LGS la denominada **Acción de Nulidad**, que prevé: *“Procede la acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil. Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento. La acción de nulidad caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo”*. Este artículo, el 150 de la LGS, nos remite al artículo 38 de la LGS, el mismo que preceptúa: *“Son nulos los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios (...)”*

Como se puede apreciar nuestra LGS, queriéndolo o no, nos coloca hasta ante cuatro supuestos para cuestionar la validez de los acuerdos societarios:

- i) La Impugnación de acuerdos propiamente dicha regulada en los supuestos previstos en el artículo 139 de la LGS
- j) La anulabilidad prevista en el segundo párrafo del artículo 139 de la LGS,
- k) La denominada Acción de Nulidad prevista en el artículo 150 de la LGS y
- l) La denominada nulidad de acuerdos societarios regulada en el artículo 38 de la LGS

---

validez del acuerdo. La impugnación se demanda ante el Juez Civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado.”

Como se puede apreciar, de una lectura detenida de los artículos arriba referidos se puede invocar la acción de nulidad de acuerdos, con las ventajas que esto implica (baste recordar el mayor plazo, o la legitimación de un tercero), haciendo mención a las causales de impugnación de acuerdos propiamente dicha descrita en el literal a) del párrafo precedente. Efectivamente, si el artículo 38 de la LGS, referido a la nulidad de acuerdos invoca como causales la adopción de acuerdos contrarios a “las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios” , se puede saber ¿ Qué diferencia este listado, de las causales invocadas para la impugnación judicial de acuerdos previstas en el artículo 139 de la LGS?. Queda claro entonces que el tema es incierto.

Sobre el particular se pronuncia reciente doctrina en materia societaria<sup>150</sup> indicando que “ Creemos que no es necesario realizar un análisis punto por punto, ya que la dualidad surge de una simple lectura de los artículos 38, 139 y 150. A manera de ejemplo cabe simplemente señalar que, por remisión del artículo 150 serán considerados también nulos los acuerdos contrarios al pacto social o al estatuto ; así como los que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas. Es sencillo observar que estas son causales típicas de impugnación (y por tanto reservadas a los accionistas) conforme al artículo 139. Queda la alternativa de considerar que, por ser una norma especial, deben considerarse únicamente las causales de nulidad reguladas en el artículo 150, pero esta interpretación podría chocar con el propio texto del artículo 150, que de manera general remite a cualquier norma de la LGS que prevea causales de nulidad (incluido por supuesto el artículo 38). Por lo señalado en los párrafo anteriores, consideramos que existe un evidente error de sistemática jurídica, que ha generado la posibilidad de que un mismo supuesto pueda ser considerado como causal de impugnación y nulidad al mismo tiempo, así como que tenga distintos plazos de caducidad y distintos sujetos activos

---

<sup>150</sup> **ABRAMOVICH ACKERMAN**, Daniel, *La problemática de la Impugnación y nulidad de acuerdos en la Ley General de Sociedades*, en Themis, Revista de Derecho de la PUCP, N° 47, Libre Competencia.

facultados para iniciar ambos tipos de acción. Nuevamente la regulación de nuestra LGS genera inseguridad jurídica, al momento de tener que decidir por que tipo de acción optar<sup>151</sup>. El autor citado opina que “De una lectura de los artículos 139 y 150 de la LGS, puede deducirse que la aparente intención del legislador al regular por un lado la impugnación y por otro lado la nulidad de acuerdos, fue la de distinguir entre causales de anulabilidad y de nulidad<sup>152</sup>. Como mencionáramos en un trabajo anterior, la normativa española distingue con claridad y precisión estos dos supuestos a través del artículo 215 de su norma societaria<sup>153</sup>. Efectivamente, en materia societaria, el texto del artículo 139 de la Ley General de Sociedades establece, como hemos visto, que pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la Junta General cuyo contenido contravenga la ley, el estatuto o el pacto social, o que lesionen en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas los intereses de la sociedad. Asimismo el artículo citado indica que los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad previstas en la ley o en el código civil también serán impugnables en las formas y plazos que señalan la ley. Al respecto la doctrina nacional señala que esta norma no distingue entre actos o acuerdos nulos y anulables “como si lo hace la Nueva ley de Sociedades Anónimas de España, aprobada por Real Cedula N 1564 de 1989. El artículo 115 de dicho Cuerpo legal considera como acuerdos nulos los acuerdos contrarios a la ley, señalando que los demás acuerdos, es decir los contrarios al estatuto o que lesionen los intereses de la sociedad son anulables, distinción que acarrea importantes diferencias respecto a la legitimación activa, respecto a los plazos de

---

<sup>151</sup> ABRAMOVICH ACKERMAN, Daniel, Op. cit, p. 252

<sup>152</sup> ABRAMOVICH ACKERMAN, Daniel, Op. cit, p. 244

<sup>153</sup> El artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas española preceptúa: “**Artículo 115. Acuerdos Impugnables.** 1. Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. 2 Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables. 3. No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro. Si fuere posible eliminar la causa de impugnación, el juez otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada”. Si se desea revisar la Jurisprudencia española sobre la sección segunda de su ley referida a la Impugnación de Acuerdos es recomendable el trabajo de CARRERA GIRAL, Juan y CARRERA LOZANO, Enrique. *Ley de Sociedades Anónimas*. Vol. II 5ta. Ed. Editorial Bosch.

caducidad y también en lo concerniente a las vías procesales”<sup>154</sup>. En igual sentido se ha pronunciado autorizada doctrina ibérica zanjando cualquier discusión acerca de los alcances de la nulidad o anulabilidad en materia de acuerdos societarios, al establecer que: “Son nulos los acuerdos contrarios a la ley, mientras que los acuerdos que infrinjan los estatutos o que lesionen los intereses sociales en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros merecen la caracterización de acuerdos anulables”<sup>155</sup>. Es interesante, de otro lado, tomar en cuenta lo expresado por la doctrina italiana al respecto, la misma que se diferencia en aspectos sustanciales de la regulación española (y naturalmente de la peruana), resultando aleccionador lo que señala Galgano al comentar la regulación italiana sobre acuerdos nulos y anulables. Al respecto el referido autor señala que: “para que la decisión sea nula es necesario que el objeto, *en sí considerado*, sea ilícito (esto es, contrario a normas imperativas) o también imposible, desde el punto de vista material. En cambio, la decisión no es nula, sino anulable, cuando su objeto – lícito en sí considerado-, tiene a su vez, un contenido ilícito. Por ejemplo, se convoca a la Asamblea para aprobar el balance, y el balance aprobado es falso. La decisión tiene aquí por objeto aprobar el balance, o sea un objeto *en sí lícito*, por tanto, como todo objeto típico, esto es, previsto por la ley como posible (y, en este caso anualmente necesario) objeto de decisión de la Asamblea. Sin embargo, el balance aprobado resulta falso, y por esto es ilícito el contenido de la decisión.”<sup>156</sup>.

**Cuando su contenido es ilícito será anulable?** Sin embargo nuestra regulación societaria<sup>157</sup> no permite tener claridad conceptual generando una serie de problemas que tampoco nuestra jurisprudencia, en el poco tiempo es cierto, de vigor de nuestra LGS, ha sabido resolver. A manera de ejemplo cabe señalar lo confuso de la regulación nacional cuando se habla de la impugnación de acuerdos *cuyo contenido sea contrario a la LGS*, y no como en la legislación española en

<sup>154</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “ *El derecho de impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas en la nueva ley general de sociedades*”, en *IUS ET PRAXIS*, N° 28, Año 1997 p. 21

<sup>155</sup> URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y Javier GARCIA DE ENTERRIA. “ *Curso de Derecho Mercantil*”. Tomo I. Madrid, Civitas, 1999.pp. 888-889.

<sup>156</sup> GALGANO, Francesco. “ Las Sociedades. En “ *Derecho Comercial*” Volumen II. Bogotá. Editorial Temis S.A., 1999, p.350, citado por ABRAMOVICH, Op. cit. p. 245

<sup>157</sup> Ni que decir de nuestra normativa civil que débilmente expresa en su artículo 92 que : “ *Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias*”

donde se habla simplemente de acuerdos *contrarios a la ley*, evitándose así confusiones derivadas de la redacción de la norma<sup>158</sup>

La doctrina nacional, trata de clasificar las formas de “cuestionamiento” (para hablar de nulidad, de anulabilidad y de impugnación) de la validez de los acuerdos de la siguiente manera: a) acuerdos nulos por infracción a la ley, b) acuerdos nulos por el contenido de estos, c) acuerdos que pueden ser considerados anulables.<sup>159</sup>

<sup>158</sup> A guisa de ejemplo es interesante lo enunciado por ABRAMOVICH, Op. cit. p. 246 que señala “ (...) podemos señalar que un acuerdo por el que se creen acciones con distinto valor nominal podría ser objeto de una acción de impugnación, ya que el contenido mismo del acuerdo sería contrario al artículo 82 de la LGS, que establece que todas las acciones deben tener el mismo valor nominal. Por el contrario, un acuerdo de aumento de capital acordado con el quórum y mayoría correspondientes, pero que no fue materia de convocatoria no sería impugnabile, puesto que el contenido mismo del acuerdo (el aumento de capital) no es contrario a la LGS, sino que se trataría de un punto tratado fuera de agenda.” En el caso de acuerdos contrarios al estatuto, al pacto social el mismo autor (ABRAMOVICH, Op. cit. p. 246) establece: “ Supongamos, como ocurre en muchos casos un estatuto en el que se transcriben determinadas normas imperativas de la LGS, como por ejemplo el requisito contenido en el artículo 52 de la LGS, según el cual para que proceda la emisión de acciones se requiere que éstas hayan sido íntegramente suscritas, y cada acción suscrita pagada en al menos un veinticinco por ciento. A pesar de ello la junta general de accionistas adopta un acuerdo de aumento de capital, acordándose expresamente que para la emisión de las acciones será necesario únicamente pagar el diez por ciento de cada acción. ¿Estamos ante un acuerdo nulo o impugnabile? La respuesta no parece ser tan sencilla. Por un lado, podríamos señalar que el acuerdo es nulo puesto que va en contra de una norma imperativa, como lo es el artículo 52 de la LGS. Pero al mismo tiempo también podríamos señalar que se trata de un acuerdo impugnabile, puesto que cumpliría con el requisito de oponerse al estatuto, conforme a lo regulado en el artículo 139 de la LGS.” Al respecto consideramos que estamos ante un acuerdo nulo.

<sup>159</sup> **HUNDSKOPF EXEBIO**, Oswaldo, “ *El derecho de impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas en la nueva ley general de sociedades*”, en *IUS ET PRAXIS*, N° 28, Año 1997 p. 21. El mismo que efectúa la siguiente clasificación: a) acuerdos nulos por infracción a la ley, b) acuerdos nulos por el contenido de estos, c) acuerdos que pueden ser considerados anulables. Dentro de los primeros (literal a) están los que se refieren al incumplimiento de los requisitos formales para la instalación y regular funcionamiento de la Junta ; si dicho órgano social se convocó por quién no debía; si la junta se instaló sin la concurrencia mínima de accionistas; si se celebró sin convocatoria, no encontrándose presentes accionistas o representantes de la totalidad de las acciones; si se reunió fuera de la sede social y el estatuto no autorizaba un lugar diferente; si no se hubiere formado la lista de asistentes o si se privó a algún accionista de asistir a la junta o de su derecho a voto, etc. El autor hace referencia a que la enumeración que realiza es meramente enunciativa pues existen multiplicidad de casos que pueden ser objeto de nulidad. Dentro de los segundos (literal b) y citando al maestro MONTROYA MANFREDI, señala entre otros casos, el de la nulidad que provenga de la infracción de un mandato legal o que sea contrario a la moral, al orden público o a las buenas costumbres; el del acuerdo que viole los derechos de los accionistas como derechos mínimos; el de emisión de acciones no pagadas en el 25% de su valor , por lo menos; el de emisión de nuevas series sin estar pagadas las anteriores; el de creación de acciones de voto plural; el acuerdo de reparto de dividendos ficticios; el que apruebe la propuesta de distribución de beneficios sin detraer el mínimo correspondiente a la reserva legal etc. Dentro de los terceros (literal c) es decir aquellos que pueden ser considerados anulables estarían aquellos que contravienen normas estatutarias o que lesionan en beneficio de uno o varios accionistas el interés social. Es el caso que la mayoría, utilizando sus poderes , toma un acuerdo que, sin violar la ley o el estatuto posponga

Pese a lo antes indicado, la sistemática de nuestra LGS en lugar de coadyuvar para la clarificación de situaciones controversiales dificulta el cumplimiento de los objetivos de la institución de impugnación de acuerdos al efectuar una redacción imprecisa en los artículos que refieren a tal figura, tal como hemos visto en las líneas precedentes. Urge pues un mejor desarrollo de los artículos involucrados en esta institución tan importante en el derecho comercial y también en el artículo 92 de nuestro Código Civil, que con la naturaleza del mismo está inspirado en los mismos principios que los de la materia societaria aquí narrados.

### 3.3. Cómo resuelven nuestros Tribunales

Nuestra Jurisprudencia, se ha pronunciado reflejando los problemas que a nivel legislativo existen. Como en el caso en que considera necesario, tratándose de cuestiones de índole netamente societario, acudir a la figura de la impugnación de acuerdos y no a la de nulidad del negocio jurídico.<sup>160</sup>

---

los intereses de la sociedad al interés personal de alguno de los socios , dirigiendo la voluntad social en una dirección opuesta la interés común, que es la razón de ser del contrato de sociedad.

<sup>160</sup> Exp. N° 1089-88-Lima, 10 de septiembre de 1990: “ (...) no puede demandarse la nulidad de un acto jurídico si previamente no se ha impugnado el acuerdo que dio origen a dicho acto; que el accionista que no esté conforme con dicho acuerdo puede impugnarlo de conformidad con el artículo 146° de la ley General de Sociedades, lo que no se ha hecho en el presente caso, ni se han consignado las acciones como establece la Ley; que en el caso de autos el acuerdo materia de la demanda no está incurso en las nulidades previstas por el artículo 152 de dicha ley, por cuanto las razones para pedir su nulidad son de orden societario y no de aquellos que se fundan en causales de nulidad previstas en el Código Civil; que finalmente en el supuesto que la sentencia declarase fundada la impugnación del acuerdo, ésta producirá efectos entre los accionistas pero no afecta los derechos de terceros, como lo prevé el artículo 143 de la Ley de Sociedades: que por lo tanto la demanda deviene en improcedente”. Como se aprecia la ley societaria aplicada es la derogada. “ Para esta sentencia las reglas de nulidad (y de impugnación) de los acuerdos de la Junta General de Accionistas establecidas por la Legislación Societaria, tienden a complementar las disposiciones generales de nulidad por el Acto Jurídico. Cualquier sujeto que se sienta perjudicado puede interponer una acción dirigida a declarar judicialmente la invalidez de los acuerdos societarios, sea a través de una demanda de impugnación o de nulidad de los mismos. Rodrigo Uría, señala con respecto a los acuerdos que son declaraciones de voluntad (de la voluntad colectiva de la sociedad como persona jurídica) y que, en este sentido, entran en la gran categoría de los negocios jurídicos, porque la voluntad declarada por la Junta va dirigida a producir efectos en orden al derecho. (...) Para nosotros- agrega Uría- es un negocio unilateral, aunque se forme por la coincidencia de una serie de voluntades individuales (las de los socios que votaron a favor del acuerdo) que se funden entre sí para formar la voluntad colectiva, porque es declaración de voluntad de una sola parte (la sociedad), y porque además, es un acto que, aunque se cumpla por una pluralidad de personas, como estas actúan como componentes de un mismo órgano, no pierden su condición unitaria” (Texto citado por Vladik Aldea Correa, en el Explorador Jurisprudencial de Gaceta Jurídica 2003-2004).

En sentido distinto se pronuncia la Sala de Casación peruana, como hemos visto anteriormente, que acoge los supuestos de nulidad, pese a tratarse de materias de índole societario, señalándose que debió ampararse la demanda por no estar sujeta a los plazos de caducidad a que se refiere la Ley General de Sociedades (la anterior, no la vigente) sino los plazos previstos en el Código Civil, por haberse invocado la nulidad basada en esta última norma<sup>161</sup>.

---

<sup>161</sup> Al respecto, comentando esta jurisprudencia se ha pronunciado acertadamente el profesor Manuel Alberto Torres Carrasco, el mismo que señala: “Sin embargo, si se observa con más detenimiento el contenido de ambos artículos podrá advertirse que cuando el artículo 150° de la LGS hace referencia a que la llamada “acción de nulidad” puede interponerse contra acuerdos que incurran en alguna de las causales de nulidad prevista en la Ley o en el Código Civil, se está abriendo una enorme puerta para que todo acuerdo sancionado como nulo por el artículo 38 de la LGS (que en suma contiene los mismos supuestos que los previstos en el artículo 139 de la LGS) puede ser objeto tanto de la acción de nulidad como de la acción de impugnación. Por citar un ejemplo, si en junta se adopta un acuerdo que colisiona con una disposición del estatuto, cualquier accionista podría interponer la acción de impugnación, ya que esto lo prevé expresamente el art. 139° de la LGS, pero también el accionista podrá discutir la validez de este acuerdo vía acción de nulidad, porque el artículo 150° faculta a interponer esta pretensión cuando el acuerdo incurre en una causal de nulidad establecida en la LGS, lo que sucede con los acuerdos que violen el estatuto social, en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 de la LGS. Lo mismo podríamos decir de aquellos acuerdos que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios socios, o que violen el pacto social o sean contrarios a las leyes que interesan al orden público. Por ello nos parece totalmente contradictorio que si, en aras de la libre circulación de los capitales y la seguridad jurídica, se ha tomado partido por restringir la posibilidad de los accionistas para discutir los acuerdos de junta mediante la llamada acción de impugnación, imponiendo una serie de requisitos tan exigentes en los arts. 139 y 140 de la LGS; luego, a solo diez artículos más adelante, se abra la posibilidad para que no únicamente los accionistas, sino cualquier tercero con legítimo interés, puede dirigirse contra el mismo acuerdo vía la flexible acción de nulidad, la misma que adicionalmente tiene un mayor plazo de caducidad que el de la acción de impugnación. Es decir, por un lado se restringe enormemente las posibilidades de impugnar un acuerdo, y por otro lado, se olvidan estas previsiones con la acción de nulidad”.

A la única solución coherente que podemos llegar para armar este rompecabezas normativo es que la voluntad de la ley (que probablemente no coincida con la del legislador) ha sido que el accionista que reúna los requisitos de los arts. 139 y 140 de la LGS obtenga mediante el ejercicio de la acción de impugnación el beneficio de una tramitación más rápida y expeditiva en el Poder Judicial (vía procedimental abreviada o sumarísima) que la prevista para la acción de nulidad (vía procedimental de conocimiento).

Sin embargo, el problema subsiste porque mediante el ejercicio de una acción de nulidad (cuyo plazo de caducidad es de un año) se pueden paralizar los efectos del acuerdo impugnado, con el consecuente perjuicio de inmovilizar la actividad comercial de la Empresa por mucho más tiempo que el aconsejable, posibilidad que precisamente se quiso amenguar al establecerse los ya comentados requisitos de procedibilidad de la acción de impugnación.

Vemos pues, que existen incertidumbre y fallos controvertidos y contradictorios en nuestro sistema judicial -y seguramente Arbitral – en materia de Impugnación y Nulidad de Acuerdos, por lo que consideramos que utilizando de una forma sistemática y coherente el Sistema de las Ineficacias Negociales, desarrolladas ampliamente por la dogmática civil, se puede coadyuvar a una regulación mas equilibrada y coherente que permita a los operadores del Derecho tener mayor claridad en la resolución de las controversias jurídicas y en el esclarecimiento de las incertidumbres que este apasionante tema acarrea. Creemos que en materia de Nulidad, Anulabilidad, Inexistencia, es la doctrina civil la llamada a auxiliar al Derecho Comercial, respetando la lógica que cada disciplina tiene en el sistema jurídico que es uno solo, y que por lo mismo, requiere respuestas unitarias e interdisciplinarias, por lo que los conceptos desarrollados por el Derecho Privatístico Civil pueden servir de apoyo y referente conceptual fundamental para otros áreas del derecho Privado y de esta manera beneficiar el tráfico comercial, respetando los derechos de las minorías.

#### **3.4. LA INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS NO ES ACUMULABLE A LA IMPUGNACION JUDICIAL DE ACUERDOS PERO SI A LA NULIDAD DE ACUERDOS**

El artículo 146 de la Ley General de Sociedades referido a la acumulación de pretensiones de Impugnación de Acuerdos prescribe:

##### ***Artículo 146.- Acumulación de pretensiones de Impugnación***

***“Todas las acciones que tengan por objeto la impugnación de un mismo acuerdo se sustanciarán y decidirán en un mismo proceso.***

***No puede acumularse a la pretensión de impugnación iniciada por las causales previstas en el artículo 139, la de indemnización por daños y perjuicios o cualquier otra que deba tramitarse en el proceso de conocimiento, ni se admitirá la reconvención que por este concepto formule***

***la sociedad, quedando sin embargo a salvo el derecho de las partes a iniciar procesos separados”***

Esta norma tiene como inspiración el principio de economía procesal así como evitar que se produzcan sentencias contradictorias sobre un mismo acuerdo, por lo que la impugnación de éste debe ser sustanciada en un mismo y único proceso. El Profesor Elías Laroza señala que “Se trata así de evitar que se discuta la nulidad de un mismo acuerdo ante distintos jueces, con la consiguiente falta de economía procesal y la posibilidad de fallos contradictorios sobre iguales argumentaciones”<sup>162</sup>. El profesor Elías Laroza muchas veces usa indistintamente el término nulidad y el de impugnación, sin embargo en este caso la norma se está refiriendo explícitamente a la Impugnación Judicial de Acuerdos regulada en el artículo 139 y no a la nulidad prevista en el artículo 150 de la LGS.

En el mismo sentido el Dr. Beaumont Callirgos refiriéndose al art. 146 de la LGS señala: “Por la misma razón (implicancias de orden procesal) que con la ley anterior la impugnación se tramitaba en juicio de menor cuantía (sumario) y no se admitía se acumule resarcimiento de daños, ni reconvención sobre esto, pues ellas se tramitaban en juicio ordinario, significando indeseado retardo en la primera de las pretensiones; ahora no se quiere que una impugnación en proceso sumarísimo o abreviado se acumule con otro de daños o con reconvenciones por lo mismo, que deban seguirse en uno de conocimiento”.<sup>163</sup>

Así, esta norma expresamente prohíbe acumular la pretensión de indemnización por daños y perjuicios a la pretensión de impugnación de acuerdos sustentada en las causales previstas en el artículo 139 de la LGS. Considero que el motivo de esta proscripción consiste en que el Proceso de Impugnación Judicial de Acuerdo

---

<sup>162</sup> ELIAS LAROZA, Enrique, “*Ley General de Sociedades comentada*”, Editorial Normas Legales, 1998, p. 307.

<sup>163</sup> BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, “*Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades*” Editorial Gaceta Jurídica, 1998, p. 339.

es un proceso especial que requiere un análisis jurídico rápido de la Judicatura por los intereses de la Sociedad que no deben ser afectados ni paralizarse su normal desarrollo sometiéndose a la Persona Jurídica a una incertidumbre legal que no es resuelta de manera expeditiva. Es por eso que la vía procesal prevista por la Ley es la del proceso abreviado. El profesor Laroza expresaba "(...) A fin de evitar dilaciones, se prohíbe la posibilidad de acumular pretensiones indemnizatorias a las pretensiones de nulidad de acuerdos societarios. Las pretensiones indemnizatorias se tramitan en diferentes vías, dependiendo de la cuantía solicitada. Sin embargo la norma impide de plano que se acumulen pretensiones indemnizatorias a las de nulidad de acuerdos societarios, sea cual sea la vía procedimental que corresponda a las primeras, incluyendo la abreviada."<sup>164</sup>

Consideramos que existe un error de apreciación en lo señalado por el destacado y desaparecido profesor, pues la norma establece que no podrá acumularse la pretensión indemnizatoria a la pretensión que se basa en las causales reguladas en el artículo 139 de la LGS, es decir las causales de Impugnación Judicial de Acuerdos, sin embargo no dice nada con respecto a la eventual acumulación de la pretensión indemnizatoria a la pretensión de nulidad de acuerdos, la misma que se encuentra regulada en el artículo 150 de la LGS. Consideramos que al no existir norma expresa que limite la acumulación de pretensiones a la pretensión de nulidad de acuerdos sí es posible acumular la solicitud de indemnización por daños y perjuicios a esta pretensión de nulidad mas no a la de impugnación de acuerdos que sí está expresamente prohibida por la Ley. Además la nulidad de acuerdos se tramita en un proceso de conocimiento que es una vía procesal más larga que permitirá también evaluar los medios probatorios que acrediten el daño que el acuerdo declarado nulo ha podido causar a los peticionarios de la nulidad.

Efectivamente el artículo 150 de la LGS prescribe:

***“Art. 150º.- Acción de Nulidad, legitimación, proceso y caducidad.***

---

<sup>164</sup> ELIAS LAROZA, op.cit. p. 308

*Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la Junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el código civil.*

*Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento. La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo”*

Como hemos señalado precedentemente no existe motivo alguno para no permitir la acumulación de la pretensión indemnizatoria a la de nulidad. Así tenemos, que de acuerdo al Código Procesal Civil los requisitos para que proceda la acumulación objetiva es decir la acumulación de pretensiones son:

***“Art. 85° del CPC Requisitos de la acumulación objetiva***

*Se pueden acumular pretensiones en un proceso siempre que éstas:*

- 1. sean de competencia del mismo juez*
- 2. No sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa; y*
- 3. Sean tramitables en una misma vía procedimental.*

*Se exceptúan de estos requisitos los casos expresamente establecido en este Código”*

En este caso la pretensión indemnizatoria es competencia del mismo juez (Juez Civil o Comercial), no son contrarias entre sí y pueden ser tramitables ambas en la Vía de conocimiento. Este es otro motivo entonces para no prohibirse la acumulación de las pretensiones indemnizatoria y de nulidad de acuerdos en la Vía del Proceso de Conocimiento.

En la legislación argentina el Art. 254 de la Ley 19550 en su primer párrafo establece:

*“los accionistas que votaron favorablemente las resoluciones que se declaran nulas, responden ilimitada y solidariamente de las consecuencias de las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los directores, síndicos e integrantes del Consejo de Vigilancia”*

Según Nissen<sup>165</sup> “La responsabilidad de los sujetos previstos en el art. 254, primer párrafo de la ley 19550, es de naturaleza *extracontractual*, por aplicación de lo dispuesto por el art. 1056 del Código Civil, pues deriva necesariamente de la nulidad o anulación del acto asambleario. La extensión de la reparación de los daños, en consecuencia, gobernada por lo dispuesto en los arts. 520 a 522, 904 a 906 y 1078 del Código Civil, comprensiva de las consecuencias inmediatas y mediatas que derivan de la ejecución del acuerdo nulo”.

Asimismo Hoaracio Garagusso y Ricardo Gulminelli, en la ponencia presentada a las segundas Jornadas Nacionales de Derecho Societario, organizadas por la Universidad Notarial Argentina en Buenos Aires, 1981, cuyo título fue *“Responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de una resolución asamblearia declarada nula”*, señalan con respecto a la posibilidad de acumulación de pretensiones de impugnación y de indemnización lo siguiente: **“Por otra parte, si bien de la ley 19550 se desprende que la acción de responsabilidad contra los sujetos allí enumerados comprende las consecuencias de los acuerdos inválidos, por lo que dicha acción requiere el dictado previo de una sentencia nulificante de tal acuerdo, lo cual supone una cuestión prejudicial, nada impide que el accionista impugnante de este acto promueva juntamente con la demanda prevista por el art. 251, la acción de responsabilidad contra aquellos en forma accesoria y subsidiaria de aquella, acumulando ambas**

---

<sup>165</sup> NISSEN, Ricardo A. *“Impugnación Judicial de Actos y Decisiones Asamblearias”* Ediciones Depalma, Bs. Aires, 1989, p. 205.

acciones en los términos del art. 87 del Código Procesal, atento a la existencia de una conexidad evidente entre tales acciones, lo cual origina un litisconsorcio pasivo entre los demandados. Ello resulta procedente porque ambas acciones se derivan de la misma causa, con vinculación íntima entre ellas, resultando conveniente, por tanto, eliminar la posibilidad de que se pronuncien sentencias contradictorias.”<sup>166</sup>

En materia de abuso de las mayorías y la responsabilidad civil que esta figura ocasiona, la doctrina nacional se ha pronunciado señalando que “Parecería, de la lectura del art. 139 de la Ley General de Sociedades, que solamente podrían ser impugnados judicialmente los acuerdos de la Junta General cuyo contenido sea contrario a la LGS, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, o que dicho acuerdos incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil. Sin embargo, ello no correspondería a una correcta interpretación sistemática de este dispositivo. Creemos que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el soporte legal que le asistiría al integrante, o a los integrantes minoritarios, dañados con la decisión de la asamblea general, afectada de abuso o exceso de poder de la mayoría, es el de recurrir al principio del abuso de derecho, amparado en el art. II del título preliminar del Código Civil . Corresponderá a los perjudicados con la *decisión abusiva* demostrar que se configuran los elementos propios del abuso de derecho (actuación de mala fe, intención de dañar, si se ha elegido entre varias maneras de ejercer el derecho aquella que es dañosa para otros, si el perjuicio ocasionado es anormal o

---

<sup>166</sup> La doctrina argentina acerca de la acción de repetición que iniciará la Sociedad contra los accionistas que votaron favorablemente el acuerdo nulo o contra los representantes u órganos de la sociedad señala lo siguiente: “La acción de responsabilidad contra el accionista que votó favorablemente la resolución asamblearia impugnada debe ser iniciada por la Sociedad, la cual tiene derecho de repetir, contra aquéllos, los daños que hubiera debido satisfacer –incluso cosas del juicio de impugnación–, porqué de no ser así, se afectaría a todos los accionistas que la integran, sin distinguir entre culpables o inocentes” NISSEN, op.cit. p. 208. Asimismo señala: “Para ellos (los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia) su responsabilidad, al igual que para los accionistas que votaron favorablemente, es siempre extracontractual (art. 1056 del C.C.) y el resarcimiento debe comprender los perjuicios resultantes de la ejecución de la decisión impugnada.” NISSEN op.cit. p. 209.

excesivo, si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca entre otros (BORDA) para que se ampare su pretensión”<sup>167</sup>. Si bien es cierto el autor no se pronuncia sobre la acumulación de las pretensiones de impugnación y de indemnización considera que esta última debe basarse en el Principio del Abuso de Derecho para desde ahí plantear el resarcimiento de los daños ocasionados a los accionistas o socios perjudicados con la decisión impugnada.

## CAPITULO IV

### 4.1. LA LEGITIMACIÓN EN LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE ACUERDOS ASOCIATIVOS Y SOCIETARIOS

Casación 3070-98-Lambayeque\*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Demandante : Agroindustrial Pomalca S.A. y otros.  
Demandado : Bernardino Céspedes Pérez.  
Asunto : Impugnación de acuerdos.  
Fecha : 2 de junio de 1997.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.- Vista la Causa número tres mil setenta-noventa y ocho; en la Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

---

<sup>167</sup> **ESPINOZA ESPINOZA**, Juan, “*Derecho de la Responsabilidad Civil*” Gaceta Jurídica Editores, Cuarta Edición, 2006, p. 570.

\* Esta Jurisprudencia se publicó en el Tomo N° 13 de “Diálogo con la Jurisprudencia”.

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por don Juan Absalón Benavides Tiravanti y otros (demandantes), contra la resolución de vista de fojas trescientos cincuentitrés, de fecha veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y ocho, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque que, confirma el auto de fojas doscientos treintisiete y doscientos treintiocho, su fecha veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y ocho, que declara infundada las excepciones de representación insuficiente y ambigüedad en el modo de proponer la demanda y litispendencia; y lo revoca en cuanto declara infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar, reformándola en este extremo declara fundada y, en consecuencia nulo todo lo actuado; dispone además dar por concluido el proceso y sin objeto pronunciarse en lo demás que es materia de grado.

#### FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La Corte Suprema mediante resolución de fecha veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho ha declarado procedente el Recurso de Casación por las causales previstas en los incisos primero, segundo y tercero del Artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, esto es, en la interpretación errónea del Artículo ciento ochentiocho de la Ley número veintiséis mil ochocientos ochentisiete (Ley General de Sociedades), inaplicación del Artículo veintiséis del Decreto Legislativo número ochocientos dos y Decreto de Urgencia número ciento once-noventisiete; y en la contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso, en razón de que la Sala ha vulnerado las normas procesales contenidas en los Artículos primero, segundo y tercero del Título Preliminar del Código Procesal Civil y en los Artículos segundo y cuatrocientos sesentiséis del acotado, referidas a la tutela jurisdiccional referente al ejercicio del derecho de las partes de fijar sus pretensiones y hechos sustentatorios.

#### CONSIDERANDO:

Primero.- Que, del análisis de la demanda se desprende que ésta es interpuesta por la Empresa Agroindustrial Pomalca Sociedad Anónima, representada por quien dice ser Presidente del Directorio Luis Rodríguez Burmester y los accionistas que suscriben por su propio derecho y como delegados en representación de otros, materializando en esta forma una acumulación subjetiva, activa y originaria con arreglo a los Artículos ochentitrés y ochentinueve del Código Procesal Civil; esos accionistas son don Absalón Benavides Tiravanti, Pedro Sánchez Santacruz, Antonio Mena Morales, Félix Pillaca Sánchez, Napoleón Coronado Cadenillas, Gumercindo Agapito Bejarano, Óscar Siancas Bobadilla, Manuel Chirinos Campos, José Yovera Portocarrero, Eduardo Pejerrey Gastulo, Virgilio Sánchez Acuña, Roberto Paz Lamas, Teremerio Díaz Alarcón, Hermis Silva Albújar y don Felipe Artemio Mondragón Flores.

Segundo.- Que, el demandado Bernardino Céspedes Pérez, interpuso la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes porque la acción la planteaban a nombre de la empresa Agro Industrial Pomalca Sociedad Anónima, cuando a ésta le correspondía ser la demandada por tratarse de una impugnación de acuerdos de una Junta General.

Tercero.- Que, la sentencia de vista impugnada, en su parte pertinente declara fundada la excepción, por esa razón y por falta de legitimidad de obrar del demandado, olvidándose de los quince socios demandantes que accionaban también por su propio derecho de accionistas, de conformidad con la facultad que confiere el Artículo ciento cuarenta de la Ley General de Sociedades número veintiséis mil ochocientos ochentisiete.

Cuarto.- Que, en cambio esa decisión se ajusta a Ley cuando se refiere a la falta de legitimidad para obrar de la empresa, que figura como demandante cuya Junta General se impugna, pues de acuerdo con la misma norma citada el derecho legítimo para demandar lo tienen los socios con las calidades que indica; y en

verdad procedimental, en esta acción esa empresa con su nuevo Directorio hasta ahora vigente, tiene la condición de litis consorte necesario pasivo.

Quinto.- Que, no obstante, por lo expresado en el considerando tercero la decisión de la Sala Civil Superior al privarles su derecho a plantear la acción a los socios demandantes, si bien es cierto que transgrede las normas de tutela jurisdiccional del debido proceso, también es cierto que es como consecuencia de la aplicación defectuosa de normas de derecho material contenidas en el artículo citado.

Sexto.- Que, estando a las conclusiones precedentes el Recurso de Casación es fundado por la causal primera del Artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil y corresponde pronunciarse de conformidad con el inciso primero del Artículo trescientos noventiséis del mismo Cuerpo de Leyes.

#### SENTENCIA:

Por estos fundamentos, declararon FUNDADO el Recurso de Casación interpuesto por don Absalón Benavides Tiravanti y otros a fojas trescientos setenta; en consecuencia NULA la resolución de vista de fojas trescientos cincuentitrés, su fecha veintinueve de octubre de mil novecientos noventiocho; y actuando en sede de instancia; confirmaron en parte el auto del Juez de fojas doscientos treintisiete en cuanto declara infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de los accionistas demandantes; la revocaron en cuanto declara infundada la excepción respecto de la empresa Agroindustrial Pomalca Sociedad Anónima; la que declararon fundada; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; bajo responsabilidad; en los seguidos por la empresa Agroindustrial Pomalca Sociedad Anónima y otros con don Bernardino Céspedes Pérez sobre impugnación de acuerdos; y los devolvieron.

S.S. URRELLO A.; ORTIZ B.; SÁNCHEZ PALACIOS P.; ECHEVARRÍA A.; CASTILLO LA ROSA S.

#### **4.2. ANÁLISIS Y CRÍTICA**

Uno de los aspectos más importantes dentro de la denominada “ *impugnación judicial de acuerdos*” , sea en su vertiente asociativa (referida a las Personas Jurídicas sin finalidad lucrativa) o societaria ( Finalidad lucrativa); es *la Legitimación*, tanto activa como pasiva. La primera de ellas referida a los sujetos facultados para interponer la demanda de impugnación de acuerdos y la segunda concerniente al sujeto de derecho sobre el que debe recaer la consabida demanda.

Este es el motivo del presente capítulo, analizar las diversas circunstancias o escenarios jurídicos en los que se puede manifestar la figura de la legitimación, tanto activa como pasiva, para ejercer la facultad (y también cumplir la obligación) de impugnar judicialmente los acuerdos contrarios a la ley, estatuto o pacto social o que lesionen, en beneficio directo de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad.

Para cumplir el objetivo antes descrito, presentamos como referente un precedente judicial referido a la impugnación Judicial de acuerdos emanados de la Junta General de Accionistas. Como se aprecia de la jurisprudencia glosada existe una absoluta confusión en lo que respecta a la legitimación tanto activa como pasiva, situación que origina el amparo de las denominadas *defensas de forma* o excepciones ( falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado). En sede casatoria se opta, en sede de instancia, por declarar fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante ya que, de ninguna forma, se puede aceptar que la persona jurídica ostente la legitimación activa, pues a esta le corresponde la legitimación pasiva, debiendo salir a juicio sus representantes designados como tales en el estatuto social.

Para el desarrollo del presente trabajo se ha tratado de analizar tanto los supuestos presentados en el artículo 92 del Código Civil como los contenidos en los artículos 139 y ss. de la Ley general de Sociedades (LGS), en donde se presentan grandes semejanzas pese a la naturaleza jurídica distinta de los entes regulados en las normas mencionadas. Claro está, es de advertir, que hay una enorme distancia entre los tratados referidos a la impugnación de acuerdos en materia de Sociedades Anónimas, y los referidos a las Asociaciones a favor de las primeras, presentándose esta situación no solamente en la doctrina, sino también en la legislación y en la jurisprudencia. Esto es, de alguna manera, entendible por el gran desarrollo de la Sociedad Anónima y su contribución al desarrollo de la economía, lo que no quiere decir que las Personas Jurídicas sin fines de lucro no sean elemento necesario del desarrollo, ni tampoco que su operatividad no sea tratada con acuciosidad. Sin embargo dejamos constancia que la tendencia es esta, por lo que en el futuro deben aparecer mayores trabajos sobre el tema. Sin embargo y pese a lo antes indicado, muchos de los aspectos regulados en la (LGS) y en sus equivalentes foráneos son aplicables a la Asociación, con las características propias de ésta, por lo que constantemente nos remitiremos a la legislación societaria nacional y en algunos casos extranjera.

#### **4.3. CONSIDERACIONES GENERALES**

En primer lugar es necesario tomar en consideración la regulación que, sobre la materia, tratan tanto el Código Civil como la LGS. Así, el artículo 92 del Código Civil preceptúa : “ (...) Las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo. Pueden ser interpuestas por los asistentes si hubieran dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo, por los asociados no concurrentes y por los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto (..)” (el subrayado es nuestro)

El Código Civil regula la legitimación activa para impugnar los acuerdos, pero no la legitimación pasiva, asimismo todo lo concerniente a la impugnación judicial de acuerdos se encuentra regulado en el artículo glosado, a diferencia de la LGS, en la cual sí se presenta un desarrollo pormenorizado de la institución en análisis, la misma que es tratada en once (11) artículos, por lo que la regulación societaria de la LGS puede ser aplicada supletoriamente a las situaciones que se presenten en materia de asociaciones, respetando, claro está la naturaleza de cada institución.

Con respecto a la legitimación el artículo 140 de la LGS establece: “**Artículo 140: Legitimación activa de la Impugnación.** La impugnación prevista en el primer párrafo del artículo anterior puede ser interpuesta por los accionistas que en la Junta General hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, por los accionistas ausentes y por los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto. En los casos de acciones sin derecho a voto, la impugnación solo puede ser interpuesta respecto de acuerdos que afecten los derechos especiales de los titulares de dichas acciones”

De otro lado, es importante tomar en consideración como regula el derecho comparado la materia de impugnación de acuerdos, y el caso concreto de la legitimación, para lo cual, nos permitimos introducir en el debate lo previsto en la legislación argentina, cuya Ley de Sociedades ( Ley 19550, modificada por la Ley 22903) ha tenido gran influencia en la redacción de las legislaciones americanas. Del mismo modo nos valemos de ley de Sociedades Anónimas española, la misma que tiene una regulación sumamente detallada al respecto, dado el alto grado de desarrollo del derecho societario en la legislación, doctrina y jurisprudencia ibérica.

En el presente capítulo abordamos, por ejemplo, el tema referente a una polémica de muy antigua data, cual es la posibilidad de intentar la acción impugnatoria por aquel que no era accionista al momento de la celebración de la asamblea (en supuesta contravención al artículo 139 de la LGS), pero que lo era con

posterioridad a ese acto, como consecuencia de la adquisición ulterior de las acciones al socio ausente del acto asambleario viciado. Sobre el particular, y remitiéndonos al caso argentino, La ley 22903, reformadora de la ley 19550, se adhiere al criterio por el cual se otorga legitimación para impugnar el acto asambleario a los accionistas ausentes que hubieran acreditado la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Sin embargo, como veremos ulteriormente no es del mismo parecer un sector de la doctrina y jurisprudencia argentina.

Estos son solamente algunos de los aspectos que serán tratados en el presente capítulo y que consideramos son de importancia a la luz de la experiencia nacional y de la legislación y jurisprudencia extranjera.

#### **4.4. LEGITIMACIÓN ACTIVA**

Tema ineludible es el de la *legitimación activa*, es decir quienes están facultados para interponer la demanda de impugnación judicial de acuerdos. Es en este caso en donde se presentan situaciones polémicas o en todo caso “interpretables”, y en donde la jurisprudencia no es todavía del todo clara, no habiendo nuestro Código Civil- a diferencia de la LGS- previsto situaciones que pueden generar discrepancias a nivel de los distintos formantes (legislativo, doctrinal y jurisprudencial). Sin embargo, esta no es una crítica al Código Civil en esta materia, pues comprendemos bien que un cuerpo legal no puede, ni debe, prever todas las situaciones jurídicas que la vida de relación presenta, sino que para estos supuestos, es el desarrollo armónico de la jurisprudencia civil (e incluso administrativa-registral) el que permitirá encontrar soluciones coherentes a los distintos casos que nos plantea la vida jurídica. En cambio para el caso de la *legitimación pasiva* el asunto se presenta mucho más claro como veremos posteriormente.

Comentando el artículo 92 del Código Civil Mariella Durán<sup>168</sup> señala: “El Código Civil ha previsto que se encuentran legitimados a impugnar los acuerdos únicamente los asociados. Sin embargo, ello no impedirá que los terceros formulen pretensión de nulidad de los acuerdos de la asociación al amparo de las normas generales de nulidad del acto jurídico, tal como se ha expresado en el numeral precedente” (el subrayado es nuestro). Creemos que el comentario de la Presidenta de la Segunda Sala del Tribunal Registral es acertado, pues distingue entre el acto impugnatorio propiamente dicho, en el cual son los asociados los únicos legitimados activamente, y el acto nulificante, en el cual ya no solamente los asociados van a estar legitimados sino también los terceros, claro está no por las causales previstas para la impugnación de acuerdos propiamente dicha, sino por las causas que originan la nulidad del acto jurídico. Esta interpretación se confirma cuando la autora comentada al hablar de violación de normas imperativas en la decisión del acto asambleario, señala que se trataría de acuerdos nulos conforme al artículo V del Título Preliminar del Código Civil, añadiendo que el modo en que los terceros no asociados pueden “impugnar” ( me parece más claro “pedir la nulidad”) los acuerdos se regulan por las reglas generales de nulidad del acto jurídico<sup>169</sup>. Cuando la autora habla de terceros, se está refiriendo a los sujetos descritos en el artículo 220 del Código Civil, es decir a quienes tengan interés o al Ministerio Público. Asimismo la nulidad puede declararse de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.<sup>170</sup>

Como se sabe el artículo 92 del C.C. legitima para impugnar los acuerdos a “ los asistentes si hubieran dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo ...” Al respecto, se indica que los requisitos exigidos a los asistentes a la asamblea son excesivos, “como lo demuestra la práctica”, pues al exigirse no solamente el votar en contra sino el dejar constancia en acta de la oposición al acuerdo, se está

---

<sup>168</sup> DURAN ALDANA, Mariella. *Impugnación Judicial de los acuerdos*, en “Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas” Tomo I Gaceta Jurídica. P. 447

<sup>169</sup> DURAN ALDANA, Mariella, op. Cit. p. 448.

<sup>170</sup> **Artículo 220. C.C.** “ La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. No puede subsanarse por la confirmación”

requiriendo el cumplimiento de un requisito que no depende únicamente del impugnante sino de quien administrativamente es el responsable de la elaboración del acta, es decir del Presidente del Consejo Directivo (quien regularmente ejerce el cargo de secretario)<sup>171</sup>. Se han dado casos en que, pese a la votación contraria al acuerdo, no se ha dado trámite a la demanda por que no se había presentado copia del acta en que se planteaba la oposición al acuerdo. Para estos casos el asociado deberá ser muy cuidadoso en exigir el que se deje constancia en acta de su oposición al acuerdo, y el motivo de la misma y para el supuesto de no haberse dejado constancia en acta por parte del encargado del manejo de la misma, se deberá invocar ante el juez de la demanda tal circunstancia ofreciendo medios probatorios que suplan la carencia del requisito exigido por el Código.<sup>172</sup>

Es importante tomar en consideración lo regulado y resuelto en el derecho comparado. Así, el artículo 117 de la Ley de Sociedades Española establece:

*“1. Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo.*

*2. Para la impugnación de acuerdos anulables están legitimados los accionistas asistentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto así como los administradores.*

*3. Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad.*

*Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la Sociedad y la Junta no tuviere designado a nadie a tal efecto, el juez nombrará la persona que ha de*

---

<sup>171</sup> Así, el artículo 83 del C.C. establece: “ Toda asociación debe tener un libro de registro actualizado en que consten el nombre, actividad, domicilio y fecha de admisión de cada uno de sus miembros, con indicación de los que ejerzan cargos de administración o representación. La asociación debe constar, asimismo, con libros de actas de las sesiones de asamblea general y de consejo directivo en los que constarán los acuerdos adoptados. Los libros a que se refiere el presente artículo se llevan con las formalidades de ley, bajo responsabilidad del presidente del consejo directivo de la asociación y de conformidad con los requisitos que fije el estatuto” ( el subrayado es nuestro)

<sup>172</sup> Al respecto ALDANA, Mariella sugiere la declaración de testigos, op. Cit, p. 449

*representarla en el proceso, entre los accionistas que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado.*

*4. Los accionistas que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener la validez del acuerdo.”*

Como se puede apreciar de la lectura del artículo 117 de la Ley de Sociedades Española “La legitimación activa para la impugnación de los acuerdos nulos es muy amplia. Están legitimados todos los accionistas, sin excepción, incluso los que no lo eran al tiempo de la celebración de la Junta . Están también legitimados los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo.”<sup>173</sup>

En nuestra LGS, la nulidad de acuerdos se encuentra regulada de manera autónoma a la impugnación judicial de acuerdos propiamente dicha y a la impugnación judicial de acuerdos anulables. En la LGS se encuentra la impugnación judicial de acuerdos propiamente dicha y la de acuerdos anulables en el artículo 139 y la denominada “ acción de nulidad” en el artículo 150, mientras que en la normativa española se encuentran en un mismo artículo (115)<sup>174</sup> y en dos incisos distintos ( el 1º y el 2º).

Pero, tal como se puede ver de la norma española glosada, se habla de nulidad y de anulabilidad, abarcando la anulabilidad española lo que para nuestra ley es la impugnación de acuerdos propiamente dicha<sup>175</sup>. Esta aparente confusión estriba en que nuestra LGS regula legislativamente tres (03) supuestos de “impugnación”:

---

<sup>173</sup> BOLAS ALONSO, Juan, *La Junta General de Accionistas*, CISS, p. 123.

<sup>174</sup> El artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas española preceptúa: “**Artículo 115. Acuerdos Impugnables.** 1. Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. 2 Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables. 3. No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando hayan sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro. Si fuere posible eliminar la causa de impugnación, el juez otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada”. Si se desea revisar la Jurisprudencia española sobre la sección segunda de su ley referida a la Impugnación de Acuerdos es recomendable el trabajo de CARRERA GIRAL, Juan y CARRERA LOZANO, Enrique. *Ley de Sociedades Anónimas*. Vol. II 5ta. Ed. Editorial Bosch.

<sup>175</sup> Esto se puede apreciar de una cuidadosa lectura del art. 139 de la LGS y del inciso 2º del art. 115 de Ley de Sociedades española citado precedentemente.

a) La impugnación judicial de acuerdos de la Junta General, b) los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad y c) La acción de nulidad, mientras que la Ley de Sociedades española habla de Impugnación de Acuerdos como Género y la nulidad y anulabilidad como especies.

Tratándose de acuerdos anulables, la cuestión práctica mas interesante es la que plantea la exigencia de que, a efectos de la legitimación activa para la impugnación de los acuerdos meramente anulables, el socio que asistió a la Junta debió haber votado en contra del acuerdo y haber hecho constar expresamente su oposición. Según abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo Español<sup>176</sup>, (y en el mismo sentido la jurisprudencia nacional) la mera constancia en acta del voto en contra no es suficiente, sino que el socio debe dejar constancia de su oposición al acuerdo una vez que éste ha sido adoptado, es decir, una vez hecho el escrutinio y proclamado el resultado.

Autores españoles<sup>177</sup> consideran que "esta doctrina jurisprudencial es demasiado severa e implica una restricción al derecho de todo socio a impugnar los acuerdos viciados. Además, si partimos de la idea de que el derecho a la impugnación de los acuerdos corresponde en principio a todos los accionistas, incluso a los titulares de acciones sin voto, se produce un agravio comparativo entre las distintas clases de accionistas pues los titulares de acciones ordinarias tendrán restringida su legitimación frente a los titulares de acciones sin voto, que, por hipótesis no votan ni a favor ni en contra. Para que las situaciones se aproximaran habría que exigir a los accionistas sin voto que hicieran constar en acta su oposición a los acuerdos adoptados por los demás accionistas. La mas reciente jurisprudencia tiende a suavizar aquella exigencia. Así tratándose de S.L.-pero perfectamente aplicable a la S.A. – el T.S. en sentencia de 18 de septiembre de 1998 ha admitido la legitimación de quien vota en contra de un acuerdo y de sus

---

<sup>176</sup> CARRERA GIRAL, Juan y CARRERA LOZANO, Enrique, op.cit.

<sup>177</sup> BOLAS ALONSO, Juan, op.cit. p. 155

palabras se deduce la voluntad de impugnarlo aunque no conste literalmente la “oposición”. (el subrayado es nuestro)

Nuestra LGS regula lo concerniente a la legitimación de los accionistas sin derecho a voto, estableciendo al respecto en la parte final del artículo 140 : “*En los casos de acciones sin derecho a voto, la impugnación solo puede ser interpuesta respecto de acuerdos que afecten los derechos especiales de los titulares de dichas acciones*” . Al respecto nos parece interesante y práctico la salida planteada por el autor español citado, en el sentido que inclusive en el caso de los accionistas sin derecho a voto, se debe dejar constancia en el acta de su oposición al acuerdo a fin de estar legitimado para plantear la impugnación judicial de acuerdos prevista en el artículo 139 de la LGS, pues en caso contrario se estaría propiciando una inequidad o discriminación para ejercer el derecho a la impugnación de acuerdos entre distintos titulares de acciones<sup>178</sup>.

Con el propósito de sistematizar la *legitimación activa* procedemos a analizar las situaciones jurídicas mas presentadas y las soluciones dadas a los problemas presentados, que si bien son tomadas de la regulación societaria, en algunos casos pueden ser de aplicación a las personas jurídicas sin fines de lucro.

Quienes están legitimados activamente, entonces, para interponer la demanda de impugnación judicial de acuerdos son:

#### **4.4.1 Los accionistas que no votaron favorablemente la decisión impugnada**

Sobre el particular, considero que, en primer lugar, es obvio que aquellos accionistas o socios legitimados activamente para impugnar judicialmente los

---

<sup>178</sup> El artículo 96 de la LGS con respecto a las acciones sin derecho a voto preceptúa: “ *La acción sin derecho a voto confiere a su titular la calidad de accionista y le atribuye, cuando menos, los siguientes derechos: 1. Participar en el reparto de utilidades y en el del patrimonio neto resultante de la liquidación con la preferencia que se indica en el artículo 97° 2. Ser informado cuando menos semestralmente de las actividades y gestión de la sociedad; 3. Impugnar los acuerdos que lesionen sus derechos; 4. Separarse de la sociedad en los casos previstos en la ley y en el estatuto (...)*” (el subrayado es nuestro)

acuerdos son aquellos que no votaron favorablemente la decisión que posteriormente se impugna judicialmente. Permitir que los accionistas, que votaron favorablemente la decisión en cuestión, pretendan ejercer posteriormente la potestad de impugnación contra la decisión a la cual fueron anuentes es contrariar la seguridad jurídica, afectar el tráfico comercial e ir contra la doctrina de los actos propios.

Doctrina argentina al respecto señala : “Sobre la legitimación de los accionistas que no votaron favorablemente la decisión impugnada se presentan pocos problemas de interpretación, pues no caben dudas de que, dentro de la fórmula empleada por el art. 251 de la ley 19550, quedan comprendidos los accionistas que votaron en contra de la respectiva decisión, aun cuando no hayan dejado a salvo su derecho de impugnarlo judicialmente ni hayan fundamentado el voto negativo en oportunidad de emitirlo (en contra: Castillo Ramón, *Curso de Derecho Comercial*, T II, p. 296, parágrafo 542, quien requiere la formal protesta por el accionista en el mismo acto de la asamblea, aunque no aclara si basta al respecto la emisión del voto en sentido contrario)”<sup>179</sup>.

Sobre el particular, volveremos más adelante cuando se analice la necesidad de dejar constancia en acta de la oposición al acuerdo, pues no queda del todo claro (del comentario glosado), si basta el voto contrario (en el caso de los accionistas con derecho a voto) a la decisión por tomarse, o si para configurar la legitimidad es pertinente además del voto en contra, el dejar constancia en acta de la oposición al acuerdo tomado y la fundamentación de la negativa.

Otro punto a tratar es de las abstenciones. ¿ Qué sucede en este caso?. Aquí no existe manifestación de voluntad ni a favor ni en contra, por lo que estamos ante socios o accionistas que evidentemente no han votado favorablemente el acuerdo impugnado, por lo que estarán legitimados para impugnar judicialmente tal

---

<sup>179</sup> NISSEN, Ricardo A. “ *Impugnación Judicial de Actos y Decisiones Asamblearias*”. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1989 op.cit. p. 110

decisión asamblearia. Esto es perfectamente lógico, pues, ante una circunstancia en la que no se conoce suficientemente un tema sobre el cual hay que votar, y sea este un tema de trascendencia para la sociedad, el socio o accionista responsablemente se abstiene<sup>180</sup>. Sin embargo, también es necesario que dicha abstención conste en acta a fin de poder ejercitar posteriormente la acción impugnatoria.

Si bien ni en nuestra LGS, ni en nuestro Código Civil se prevé la abstención de los socios o accionistas a efectos de determinar si están legitimados para impugnar los acuerdos consideramos que sí lo están. Al respecto, la doctrina antes citada esboza algunas razones: “1) por cuanto la ley 19550 no obliga a los accionistas presentes a emitir su voto en un sentido o en otro; 2) además de ello, porque los accionistas abstenidos no han contribuido a formar la mayoría, es decir, no han votado favorablemente la decisión atacada; y 3) por la naturaleza social que reviste la acción impugnatoria de acuerdos sociales<sup>181</sup>”

Otro sector de la doctrina argentina<sup>182</sup> opina en el mismo sentido al expresar que “ Respecto del accionista que se abstuvo en la votación, entendemos que quedaría incluido en la posibilidad impugnatoria y en las condiciones de los accionistas mencionados precedentemente, sin la obligación de éste de probar su calidad de tal al momento de la asamblea, por obvias razones.

---

<sup>180</sup> Esto, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 130 de la LGS: “ **Artículo 130° Derecho de Información de los accionistas.** Desde el día de la publicación de la convocatoria, los documentos. Mociones y proyectos relacionados con el objeto de la junta general deben estar a disposición de los accionistas en las oficinas de la sociedad o en el lugar de celebración de la junta general, durante el horario de oficina de la sociedad. Los accionistas pueden solicitar con anterioridad a la junta general o durante el curso de la misma los informes o aclaraciones que estimen necesarios acerca de los asuntos comprendidos en la convocatoria. El directorio está obligado a proporcionárselos, salvo en los casos en que juzgue que la difusión de los datos solicitados perjudique el interés social. Esta excepción no procede cuando la solicitud sea formulada por accionistas presentes en la junta que representen al menos el veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto”

<sup>181</sup> NISSEN, op. Cit. p. 110, Este autor cita la siguiente jurisprudencia: “ C.N., Sala B, 13/03/85, en autos Sichel, Gerardo, contra Boris Garfunkel S.A.” Es ilustrativo el fallo dictado por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos “ Méndez, Adriano, y otro contra Talleres Adabor .S.A.” de fecha 16/09/85 publicado en la Revista del Notariado, marzo, abril de 1986, p. 2571 en el cual, admitiendo la legitimación del accionista abstenido, ha señalado que “ la actitud de posible prudencia que podría derivarse de la abstención , en modo alguno puede ser interpretado como voto favorable o adhesivo a la decisión adoptada, del cual pueda derivarse una renuencia al derecho de impugnación”

<sup>182</sup> MASCHERONNI, Fernando H, MUGUILLO, Roberto A. “ *Régimen Jurídico del Socio*”. p. 244

Ello deviene lógicamente de la redacción del propio art. 251 de la ley, al expresar éste que gozarán de la posibilidad de accionar aquellos que “no hubieren votado favorablemente”. La abstención, entonces, puede encuadrarse dentro de los términos de la norma considerada, interpretando ésta en un adecuado sentido amplio, pero además si existe la posibilidad impugnatoria también para el accionista que hubiese votado favorablemente- como veremos en ciertos supuesto más adelante- es otra razón para ubicar la facultad impugnatoria en cabeza del accionista que se abstuvo, y también con criterio interpretativo amplio.

Para concluir con lo adelantado anteriormente debemos decir que, luego de la reforma de la ley 22903 el accionista que hubiera votado favorablemente la decisión tiene también una posibilidad de legitimación activa en el ejercicio de esta acción, impugnando la decisión votada, a condición de que acredite la posibilidad de nulificación de su voto por la existencia de algún vicio de la voluntad, error, dolo o violencia.”

Es importante tener presente que no interesa el número acciones con que cuente el socio impugnante, sino que basta que tenga el *status* de accionista para que pueda ejercitar su derecho impugnativo. En el caso de las Asociaciones como personas jurídicas sin finalidad lucrativa, el artículo 88 del Código Civil establece que ningún asociado tiene derecho por sí mismo a más de un voto. El artículo 82 de la LGS establece que “ las acciones representan partes alícuotas del capital, todas tienen el mismo valor nominal y dan derecho a un voto, con la excepción prevista en el artículo 164<sup>o183</sup> y las demás contempladas en la presente ley”. Es

---

<sup>183</sup> **Artículo 164.- Elección por voto acumulativo.** Las sociedades están obligadas a constituir su directorio con representación de la minoría. A ese efecto, cada acción da derecho a tantos votos como directores deban elegirse y cada votante puede acumular sus votos a favor de una sola persona o distribuirlos entre varias. Serán proclamados directores quienes obtengan el mayor número de votos, siguiendo el orden de éstos. Si dos o más personas obtienen igual número de votos y no puede todas formar parte del directorio por no permitirlo el número de directores fijado en el estatuto, se decide por sorteo cual o cuáles de ellas deben ser los directores. Cuando existan diversas clases de acciones con derecho a elegir un número determinado de directores se efectúan votaciones separadas en juntas especiales de los accionistas que representen a cada una de esas clases de acciones pero cada votación se hará con el sistema de participación de la minoría. Salvo que los directores titulares hubiesen sido elegidos conjuntamente con sus respectivos suplentes o alternos, en los

decir, en el caso de las Asociaciones, por su naturaleza, el hecho de ser asociado equivale a un voto mientras, que en las sociedades con finalidad lucrativa cada acción da derecho a un voto, por lo que- como en toda sociedad de capitales- mientras mayor número de acciones se tengan mayor será la capacidad decisoria ante la Sociedad. Sin embargo, como hemos dicho, el hecho de tener una sola acción da derecho a la impugnación de acuerdos si es que se presentan las causales previstas en el artículo 139 de la LGS.

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina argentina comentando su Ley 19550 “ (...) - y esto vale tanto para los accionistas presentes o ausentes, cualquiera que haya sido el voto de los primeros – *si bien exige la calidad de socio del impugnante al momento de la celebración de la asamblea que se impugna, no exige determinada tenencia accionaria para iniciar la acción impugnatoria de una decisión asamblearia*, a diferencia del ejercicio de otros derechos societarios (arts. 107, párrafo segundo, 236 párrafo primero, y 294, inc. 6 y 11). Basta, pues, según lo dispuesto por el art. 251 de la ley 19550, revestir el carácter de accionista a la fecha de la asamblea en cuestión, para estar legitimado activamente”<sup>184</sup>.

Sin embargo, doctrina nacional<sup>185</sup> señala que tampoco es factible que se produzca el “abuso de las minorías” pues le restaría agilidad y seguridad jurídica al desenvolvimiento eficiente de las Sociedades. Para que se internalice esta idea es necesario tener siempre presente que lo que se busca proteger, vía la impugnación judicial de acuerdos, no son los intereses particulares de los accionistas sino el interés social o colectivo que se ha afectado mediante la contravención a la ley, al estatuto o al pacto social. Sobre el tema de “abuso de las minorías” se ha pronunciado el profesor Julio Salas Sánchez quien señala: “ La

---

casos señalados en el párrafo final del artículo 157 °, se requiere el mismo procedimiento antes indicado para la elección de éstos. El estatuto puede establecer un sistema distinto de elección, siempre que la representación de la minoría no resulte inferior. No es aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando los directores son elegidos por unanimidad.

<sup>184</sup> NISSEN, op. Cit. P. 111

<sup>185</sup> SALAS SÁNCHEZ, Julio, *Algunas consideraciones sobre el derecho de impugnación de los acuerdos de las juntas de accionistas*, en Revista de Instituto Peruano de Derecho Tributario, N° 14, Junio, 1988, pp. 37-59

función de la minoría en el orden interno de la sociedad anónima es sencillamente de control. No puede pretender la imposición de cortapisas al poder legítimo de los grandes accionistas, sino que hagan uso legal de sus derechos”.<sup>186</sup>

Para concluir este apartado creo conveniente mencionar que, siendo un poco más específicos, dentro de las personas que están legitimadas para impugnar los acuerdos están:

- Incluso el accionista presidente de la Junta y los directores. Al respecto Mascheroni<sup>187</sup> nos dice, comentando la normativa argentina : “Resulta obvio, pero también es necesario decir que la promoción de la acción de impugnación, no sólo es una facultad, *sino una obligación* de los funcionarios sociales, directores de la sociedad, síndicos y miembros del Consejo de Vigilancia, quienes en el ejercicio de su función deberán iniciarla”

-La jurisprudencia española faculta también al albacea-contador y administrador testamentario de herencia con acciones nominativas a favor del causante.<sup>188</sup>

- También los herederos de un accionista fallecido, aun antes de haber podido formalizar la manifestación de la herencia<sup>189</sup>

---

<sup>186</sup> En el mismo trabajo el Profesor SALAS discrepando con el maestro Ulises Montoya Manfredi señala: “Tenemos que discrepar, respetuosamente, con el Dr. Montoya en cuanto afirma que son impugnables al amparo de las normas de nuestra ley, acuerdos que perjudican a unos accionistas en beneficio de otros . Ciertamente no pretendemos señalar que tales acuerdos no son sancionables por algunas de las formas que consagra el derecho, pero sí señalamos que la vía del derecho de impugnación de los acuerdos de la Junta no es la procedente. Tal como se ha señalado, el derecho de impugnación no tiene por finalidad la defensa de los intereses privados de los accionistas. Su finalidad es la defensa de la ley, del estatuto y del interés social y allí agota su contenido. No es, ni puede ser, la defensa de los intereses privados de los accionistas, sean estos individuales o minoritarios. El perjuicio del interés de unos accionistas en beneficio de otros se resuelve en vías distintas a la de la acción de impugnación. La respetable opinión del Dr. Montoya, según creemos, implica confundir el interés social con el interés de los accionistas, aun cuando, en definitiva, el accionista tiene un evidente interés en la marcha de la sociedad y en la realización de su finalidad para la que fue creada”. Op. Cit. P. 43

<sup>187</sup> MASCHERONNI, Fernando, op.cit.p. 40

<sup>188</sup> Sentencia de 27 de octubre de 1972 en 104.3.2/18, citada por CARRERA GIRAL, Enrique, op. Cit. p. 1252 En nuestro ordenamiento civil el artículo 778 del C.C. establece: “ El testador puede encomendar a una o varias personas, a quienes se denomina albaceas o ejecutores testamentarios, el cumplimiento de sus disposiciones de última voluntad” Asimismo el artículo 787 del C.C. establece; “ Son obligaciones del albacea: (...) 2. Ejercitar las acciones judiciales y extrajudiciales para la seguridad de los bienes hereditarios”, Finalmente el artículo 788 del C.C. establece: “ Los albaceas no son representantes de la testamentaria para demandar ni responder en juicio, sino tratándose de los encargos del testador, de la administración que les corresponde y del caso del artículo 787 inciso 10”

Debe ostentarse la condición de accionista en el momento de la celebración de la Junta y en el momento de la impugnación, no siendo transmisible<sup>190</sup>

#### 4.4.2 *Los accionistas ausentes*

<sup>189</sup> Al respecto la Sentencia del T.S. español (citada por CARRERA GIRAL, op. Cit. p. 1253) ( Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez; Aranz. 6138/84) consideró legitimados para iniciar la acción impugnatoria a los herederos de un accionista que había fallecido 19 días después de celebrada la Junta General, invocando incluso el artículo 24 de la Constitución, pues su no admisión en el proceso acarrearía indefensión de tales herederos, revocando el T.S. la sentencia de la audiencia territorial, en procedimiento del artículo 119 y en mérito de las siguientes consideraciones: “ Que la sentencia recurrida niega legitimación activa a los recurrentes para ejercitar la acción de impugnación de los acuerdos sociales, con apoyo en que los actores han de probar obligatoriamente de inicio “prima facie”, la titularidad de las acciones, conclusión que se establece con olvido de los hechos admitidos por ambos litigantes, según los cuales fallecido el socio Sr. P. 19 días después de celebrada la Junta y teniendo un plazo de 40 días para ejercitar la acción de impugnación a partir del día de la celebración de la Junta, es obvio habría de ser sustituido por sus herederos, los cuales para no dejar transcurrir dicho plazo hubieron de presentar la demanda el día 05 de agosto, ante la imposibilidad de preparar la documentación necesaria para acreditar la sucesión en la herencia de su padre y causante dentro del plazo de 40 días que establece el art. 68 (hoy 116), párrafo 1, de la ley S.A., prueba que aportaron a los autos tan pronto como les fue posible, debiendo en consecuencia (estar) activamente legitimados “ad proceso” a virtud del artículo 161 del Código Civil, conforme al cual los herederos suceden al causante por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones; y aunque esté pro indiviso la herencia, puede ejercitar acciones judiciales en beneficio de la masa que correspondían al difunto, como ya se deduce el criterio seguido por la sentencias de esta Sala del 13 de marzo de 1952 y 17 de abril de 1959; de otra forma se consagraría una situación de indefensión por hechos completamente ajenos a la voluntad de los herederos, que por imperativo legal ( según resulta del art. 104 del C.C. y 5, apartado 3, del anexo 2 del Reg. Notarial del 02 de julio de 1944) hubieron de observar ciertos plazos que superaban el de 40 días de ejercicio de la acción impugnatoria por los accionistas de los acuerdos de la junta, quedando confirmada su legitimación con efecto retroactivo al día del fallecimiento del causante (989 del C.C) máxime cuando así lo hicieron constar en el escrito inicial de la litis (hecho primero); y desde el punto de vista procesal como hecho acaecido después de presentada la demanda, era aceptable la prestación del documento acreditativo de dicha legitimación como así ocurrió (...) y permite el art. 506 núm. 3 de la ley de enjuiciamiento civil, en definitiva el criterio contrario implicaría clara infracción del art. 24 de la vigente Constitución española que proscribe toda situación de indefensión en los litigantes, sin distinción de clase de procedimientos y por tanto también aplicable a los de orden civil; todo ello abona la estimación del motivo 4º del recurso en donde se acusa la infracción por el concepto de violación de los arts. 657 y 661 ambos del C.C.”

<sup>190</sup> La jurisprudencia española se ubica en una posición restrictiva pues opta por no permitir la legitimación activa de un accionista que no era tal al momento de la Junta y que adquirió sus acciones con fecha posterior a la celebración de la Junta . A fin de ilustrar la presente causal, literalmente transcribimos la parte considerativa correspondiente del T.S. español de fecha 03 de febrero de 1959: “ (...) y se de a la frase “accionistas ausentes” , que no puede ser otra que la de que el impugnante tuviera por sí mismo la calidad de accionista en el momento de la celebración de la Junta, prescindiendo del derecho que en su caso pudiera asistir para concurrir a ella el cedente o trasmite de las acciones, ya que el citado art. 69 no permite inferir de su texto la anexión del derecho que tuviera el cedente o vendedor de la acción o acciones, al del cesionario o adquirente por compra de las mismas, que solo puede devenir accionista desde el momento de la adquisición, y cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias que la regulan (...)” Sentencia del T.S. del 07 de febrero de 1959 (Ponente Excmo. Sr. D. Obdulio Siboni Cuenca; Aranz 464/59) citada por CARRERA GIRAL, op. Cit. p. 1254

Otro aspecto fundamental en el tema de la legitimación activa es el que corresponde a los accionistas ausentes. Es aquí en donde se producen, quizás las polémicas y discrepancias más arduas a nivel doctrinal y jurisprudencial pues existen muchas interrogantes que aún no encuentran homogeneidad en las respuestas, como es el caso de determinar si el accionista adquirente de acciones con posterioridad al acto asambleario en donde se toma el acuerdo cuestionado, está legitimado para impugnar judicialmente dicho acuerdo. Asimismo no queda del todo claro si una vez impugnado el acuerdo por parte del accionista que estuvo presente en la Junta este proceso puede ser continuado por el cesionario o adquirente de las acciones transferidas con posterioridad al inicio del proceso judicial.

Estas interrogantes, entre otras, hacen que nos detengamos un momento a reflexionar acerca de la legitimación en el caso de los “accionistas ausentes”, entendiendo como tales, a aquellos que no tenían ese *status* al momento de la celebración de la asamblea, y que pueden ser, como se ha dicho, los adquirentes de acciones con posterioridad a la celebración de la asamblea en donde nace el acuerdo que se impugna o los que adquieren las acciones luego de iniciado el proceso judicial de impugnación de acuerdos.

Como se sabe el artículo 92 de nuestro C.C. establece que la impugnación judicial de acuerdos puede ser interpuesta por *“los asociados no concurrentes y por los que hayan sido privados de emitir su voto”*, mientras que el artículo 139 de nuestra L.G.S. establece que tienen legitimación activa de la impugnación *“los accionistas ausentes y los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto”*.

Como premisa general se acepta que la legitimación activa para la impugnación de los acuerdos, se determina siempre atendiendo a la titularidad de socio en el momento de celebración de la Junta General. Por ello, si el socio estaba legitimado para impugnar pero fallece, sus herederos podrán entablar la acción o

continuar el proceso ya iniciado por su causante<sup>191</sup>. En cambio, si las acciones se vendieron, el panorama no resulta tan claro, pues se dice que el único que estaría legitimado activamente para la impugnación de los acuerdos es el socio vendedor, que era socio al tiempo de la Junta, pero no sus adquirentes. Como veremos inmediatamente esta posición no es pacífica pues existen opiniones en el sentido de legitimar a los adquirentes de las acciones, los mismos que actuarían como órganos de la sociedad y no defendiendo un derecho subjetivo.

De otro lado, es factible, así la norma societaria no lo indique expresamente, que los administradores (Directores, Gerente General) estén también legitimados activamente para impugnar los acuerdos ya que, además de tenerlos que ejecutar aunque estén viciados, son responsables de las consecuencias negativas que estos produzcan, aunque el acuerdo lesivo haya sido ratificado por la Junta General<sup>192</sup>.

Comencemos por analizar lo concerniente a la idea que la legitimación activa depende de la calidad de titular de las acciones al momento de la celebración de la Junta de Accionistas. Como dijimos líneas arriba, una posición señalaba que solamente (en el caso de transferencia de acciones) el transferente era el legitimado activamente, porque era titular accionario al momento de la celebración de la junta en donde se tomó el acuerdo cuestionado, y no está

---

<sup>191</sup> Al respecto el artículo 660 del Código Civil preceptúa: “ Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores”. Sobre el particular, y tal como cómo hemos citado en una nota precedente, consideramos que no es necesario esperar la inscripción el Registro de Sucesión Intestada o en el de Testamento para tener la capacidad de impugnar judicialmente un acuerdo, pues tratándose de plazos tan cortos para ejercitar tal atribución sería impensable esperar el procedimiento de inscripción, pues se perdería la posibilidad de impugnación por prescripción.

<sup>192</sup> Así el art. 171 de la LGS establece: “ **Ejercicio del cargo y reserva:** Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal. Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aún después de cesar sus funciones”. De igual modo el artículo 177 de la LGS, establece: “ **Responsabilidad:** Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave. Es responsabilidad del directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que ésta disponga algo distinto para determinados casos particulares. Los directores, son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la junta general”

legitimado el adquirente de las acciones casualmente por no ser titular de éstas al momento de la celebración del acto asambleario.

Ni nuestro C.C. ni nuestra LGS son claros al respecto, pues implícitamente parecen tomar partido por la posición primera, es decir que solamente los transferentes estarían legitimados para impugnar mas no así los adquirentes, así estos se encuentren dentro del plazo previsto por la ley para ejercer la impugnación judicial de acuerdos. Sin embargo, consideramos, en concordancia con respetada doctrina argentina que “contrariamente a ello (refiriéndose a la primera posición descrita), que el accionista que impugna una asamblea actúa como órgano de la Sociedad, ejerciendo una función de tutela de ésta, y por ello, nada justifica negar la legitimación activa al accionista que ha llegado a ser tal como consecuencia de la adquisición de los títulos con posterioridad al acto impugnado. No compartimos tampoco la afirmación, anteriormente expuesta, de que el derecho de impugnar una Asamblea constituye un derecho personal de carácter potestativo, sino que constituye, al contrario, un derecho que sólo puede ejercer quien revista el carácter de titular de los títulos que debe exhibir al momento de promover la demanda impugnatoria. La enajenación de las acciones supone, por definición, la transmisión de todos los derechos que comprende el estado de socio, entre los cuales se halla el derecho de impugnar la decisión asamblearia que estime violatoria de la ley, estatuto o reglamento”<sup>193</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia Brunetti, para quien la acción no incorpora un derecho de crédito ni un derecho real, sino un *status* al que van unidos derechos de especial naturaleza y especiales obligaciones, entre los cuales figura, bajo el título de “derechos individuales y sociales”, el de impugnar los acuerdos asamblearios. Ello no implica “aceptar que quien haya votado favorablemente determinada resolución pueda, por medio de la adquisición de una acción de un socio ausente o disidente, ejercer la acción impugnatoria, pues

---

<sup>193</sup> NISSEN, op. cit., p.117

como expresa Candian, aquél debe soportar la preclusión y límites que estos derechos sufren antes de su trasmisión. Lo contrario importaría admitir que el accionista que votara favorablemente en el acto asambleario, pueda volver sobre el sentido de su voto, que resulta incompatible con la doctrina de los propios actos, lo cual, es en definitiva, y siguiendo un fallo judicial, la *ratio legis* de excluir de la legitimación para impugnar a los accionistas que votaron favorablemente : la presunción de ausencia de buena fe y la falta de seriedad que significa votar a favor para luego pedir la nulidad, yendo precisamente contra sus propios actos<sup>194</sup>

Concluimos este apartado señalando que es perfectamente viable ejercer el derecho a la impugnación de acuerdos por parte de los accionistas adquirentes de acciones con posterioridad a la Asamblea en donde se tomó el acuerdo materia de impugnación, pues como hemos transcrito de importante doctrina comparada se está transfiriendo “toda la situación jurídica compleja, que se denomina *status* del socio, el adquirente se halla en la misma posición en la cual estaba quien le transmitió la acción, y si a éste correspondía el derecho de impugnar determinada deliberación, no hay motivo para negar que este derecho se transmite al adquirente, precisamente porque se trata de un derecho inherente a la calidad de socio”<sup>195</sup>.

---

<sup>194</sup> NISSEN, op.cit.,p. 118, comentando un fallo judicial ( C.N. Com., Sala E, 16/09/85, en autos “ Méndez, Adriano, contra Talleres Adabor S.A.”, publicado en la “ Revista del Notariado”, marzo- abril de 1986, p, 2571”. Este autor en el extenso comentario al presente fallo con meridiana claridad expresa: “Coincido en un todo con Vásquez de Mercado, para quien el derecho de impugnación es un derecho que deriva de la calidad del socio inherente a la titularidad de una cuota del patrimonio social. Como la trasmisión de esta cuota implica la trasmisión de toda la situación jurídica compleja, que se denomina *status* del socio, el adquirente se halla en la misma posición en la cual estaba quien le transmitió la acción, y si a éste correspondía el derecho de impugnar determinada deliberación, no hay motivo para negar que este derecho se transmite al adquirente, precisamente porque se trata de un derecho inherente a la calidad de socio. Nada autoriza, en conclusión, a privar al adquirente de las acciones del derecho de impugnar un acuerdo social adoptado con anterioridad a esa adquisición, y menos aún la necesidad de dar seguridad a las decisiones que se vinculan con la estabilidad del sujeto de derecho puede ser fundamento para llegar a la solución contraria, pues para ello se ha establecido un plazo de prescripción muy breve para el ejercicio de las acciones impugnatorias”

<sup>195</sup> NISSEN, op. cit, p. 119 En sentido contrario en nuestro medio se pronuncia el Dr. Enrique Elias Laroza, quien señala: “ La discusión se refiere al tema de la legitimidad para impugnar por los accionistas que adquieren tal calidad después de celebrada la Junta en la que se adoptó el acuerdo. La opción legislativa de nuestra LGS guarda coherencia con los requisitos estrictos de legitimidad exigidos para iniciar el proceso de impugnación de acuerdos, en los casos del artículo 139. En efecto, solo pueden impugnar aquellos accionistas

Otro tema, es el de determinar si el adquirente de acciones con posterioridad a la impugnación judicial del acuerdo, está legitimado para continuar con el proceso judicial. Sobre el particular un sector de la doctrina argentina<sup>196</sup>, citando el primer párrafo de la Ley 19550<sup>197</sup>, argumenta: “Consecuentemente, el accionista impugnante que estuvo ausente deberá acreditar debidamente la calidad de tal en la oportunidad de la deliberación y decisión asamblearia que se impugna. Sin embargo, la cuestión radica en si tal calidad se debe mantener durante todo el proceso impugnatorio. La ley sólo requiere que la calidad de accionista exista al momento en que se celebra la asamblea, como modo de considerar que existe un interés afectado por la decisión que se impugna, pero nada exige luego de trabada la acción “ (el subrayado es nuestro). En este contexto se dice que “ la transmisión – al tratarse de títulos nominativos no endosables- se deberá efectivizar entonces – *forzosamente*- por la vía de la cesión, interpretando por nuestra parte que se trataría específicamente de la cesión de créditos que está regulada por los arts. 1434,1457, y concs. Del Cod. Civil (argentino), con sus efectos propios, esto es, la transmisión de la propiedad del título, *con todos su accesorios, privilegios y acciones si los hubiere* (conf. Arts. 1458,1457,1434 Cód. Civil argentino), pues el efecto de la cesión es transferir al patrimonio del cesionario el derecho que tiene el

---

que hayan hecho constar en acta su oposición al acuerdo , los accionistas ausentes y los que hayan sido ilegítimamente privados de ejercer el derecho de voto. Resulta claro que, de producirse una transferencia de acciones posterior a la adopción del acuerdo, el adquirente no tiene legitimidad para iniciar o continuar un proceso de impugnación, salvo el caso de excepción para las transferencias involuntarias”. Mas adelante el mismo autor justificando su argumentación señala: “ Ahora bien, la opción legislativa de nuestra LGS guarda también coherencia con la concepción del derecho de impugnación que describíamos al comentar el artículo 139: es un derecho personal del accionista. No es uno que se incorpore a las acciones no es transmisible con ellas. Cada accionista lo podrá ejercer discrecionalmente mientras tenga la calidad de tal, pero no transfiere con las acciones la posibilidad de continuar un proceso instaurado por él, ni la de iniciar un proceso respecto de acuerdos que fueron adoptados antes de que el adquirente sea accionista.” ELIAS LAROZA, Enrique, *Ley General de Sociedades comentada*, Editora Normas Legales, p. 302

29 MASCHERONNI, Fernando H, MUGUILLO, OP. Cit. P. 111

<sup>197</sup> Art. 251 primer párrafo: “ *Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad*” (el subrayado es nuestro)

cedente, tal cual es en el momento de la cesión (el *id quod debetur* como decían los romanos)”<sup>198</sup>.

La Cesión de derechos se encuentra regulada en los artículos 1206 y ss. de nuestro C.C., el mismo que su artículo 1211 establece: “La cesión de derechos comprende la trasmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido, salvo pacto en contrario. En el caso de un bien dado en prenda, debe ser entregado al cesionario si estuviese en poder del cedente, mas no si estuviese en poder de un tercero”.

Al respecto es importante citar el art. 144 de nuestra LGS el mismo que señala: **“Artículo 144: Condición de Impugnante:** El accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo de la junta general deberá mantener su condición de tal durante el proceso, a cuyo efecto se hará la anotación respectiva en la matrícula de acciones. La transferencia voluntaria, parcial o total, de las acciones de propiedad del accionista demandante extinguirá, respecto de él, el proceso de impugnación.”

El profesor Ricardo Beaumont Callirgos<sup>199</sup> al comentar el artículo precedentemente glosado, con acuciosidad señala: “ no logro entender porqué se tuvo que adjetivar o calificar la transferencia, con la palabra “voluntaria” ; en mi opinión también la trasmisión o el traslado involuntario, indeseado o con ejecución forzada produce el mismo efecto”<sup>200</sup>

---

<sup>198</sup> REZZONICO , *Estudios De los contratos*, t. I, p. 256; GHERSI *Contratos Civiles y comerciales* t, I p. 414. MASCHERONNI (op. Cit. P. 243) señala: “ En consecuencia, pensamos, que en todos los casos – a partir de la aplicación de la aplicación de la ley 24587-, cualquier accionista cesionario posterior a la asamblea, cuya decisión se cuestione, podrá ejercer la acción del art. 251 de la Ley 19550, en tanto y cuanto continuará *cum omni causa*, tal cual se encontraba en el patrimonio del cedente (con todas sus cualidades, vicios y defectos), el derecho al ejercicio de la acción nacida en cabeza de éste”

<sup>199</sup> BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, “ *Comentarios a la Nueva ley General de Sociedades*” Gaceta Jurídica Editores, pp. 332 y ss.

<sup>200</sup> Así el Dr. Beaumont (op. Cit. P. 333) amplía su idea comentando el art. 144 de la LGS de la siguiente manera: “Por ejemplo, el propietario de unas acciones entrega estas en prenda a su acreedor, conservando aquel sus derechos de accionista, y no puede cumplir con su promesa de pago de la obligación principal. El acreedor prendario ejecuta la prenda y se adjudica la propiedad de ellas en pago de la deuda. La transferencia ha sido exigida judicialmente, no ha sido voluntaria, y sin embargo, la condición de impugnante de quien

Desde una perspectiva procesal el profesor Juan Monroy Galvez<sup>201</sup> se plantea una serie de interrogantes con respecto a la “condición del impugnante”, el mismo que deberá mantener su calidad de accionista durante todo el proceso judicial. Así también cuestiona el porqué en el caso de la transferencia parcial de las acciones, el demandante extinguirá, respecto de él, el proceso de impugnación.

En primer lugar el autor citado aclara que “si el accionista que transfiere sus acciones es titular de la relación procesal junto con otros, la norma enseña que se extingue el proceso respecto de él, pero no dice nada de los otros demandantes. La redacción es equívoca- como se fundamenta más adelante- pero, en todo caso, resulta obvio que los otros impugnantes no pueden ser afectados por la transferencia realizada por su litisconsorte, en tanto no hay manera que su legitimidad para obrar haya sido afectada”<sup>202</sup>. Consideramos que aquí la cosa está clara pues en el caso de presentarse la figura del litisconsorcio activo, el hecho de que uno de los demandantes transfiera sus acciones, no significa de ninguna manera que los demás litisconsortes pierdan la facultad de continuar con el proceso, esto solamente se aplicará al demandante transferente.

---

interpuso la acción se extingue, obvio; ya no es mas titular de las acciones. Nadie le daría la razón a aquella persona que dijere “yo sigo siendo impugnante del acuerdo, aunque ya no sea accionista, porque la ley alude a una transferencia voluntaria y la trasmisión de mis acciones ha sido totalmente indeseada, no querida . Por tanto, como solo la transferencia voluntaria produce la extinción del proceso de impugnación, la trasmisión no voluntaria, no. Continuo siendo impugnante y la ley me favorece”. En todo caso considero que la idea fue que la transferencia de las acciones, sin mas, producía la extinción de la acción de impugnación, sin advertir que la adjetivación anotada dejaba al margen la involuntaria o exigida judicial o arbitrariamente, la que también y sin duda, produce el mismo efecto”. Al respecto el Dr. Enrique Elias Laroza señala que : “Esta norma (Refiriéndose al art. 144 de la LGS) sólo alcanza a las transferencias voluntarias de acciones, es decir a las realizadas en virtud de un acto jurídico negocial entre partes. Las transferencias involuntarias, o sea las mortis causa o las derivadas de ejecuciones forzosas, sí permiten que el nuevo propietario continúe con el proceso”. ELIAS LAROZA, op. Cit., p. 303

<sup>201</sup> MONROY GALVEZ, Juan, *El Proceso en la Nueva Ley General de Sociedades*, en Ius et Veritas año IX N° 16 p. 17-19

<sup>202</sup> MONROY GALVEZ, op. Cit. P. 17

Motivo de mas interesante debate sea quizás el que se refiere a la sucesión procesal<sup>203</sup> y la aplicación de tal institución a nuestro tema de análisis. El Dr. Monroy, distinguiendo entre derecho y legitimidad para obrar (como condición de la acción) manifiesta que “si aplicamos lo dicho a la norma analizada, advertiremos, que en estricto, lo ocurrido es que el accionista que transfiere ha perdido su legitimidad para obrar en el proceso- no olvidemos que la legitimidad para obrar es personalísima e intransferible-. Sin embargo, hay otro que, si bien antes de la transferencia era extraño al proceso, ha pasado a tener legitimidad para obrar al ser titular del derecho cuya pretensión viene siendo discutida. Nótese que lo que se transfiere es el derecho no la legitimidad, esta es consecuencia de la titularidad y se manifiesta respecto de un sujeto en concreto.”<sup>204</sup>. Abundando sobre el tema de la sucesión procesal a fin de contestar a la pregunta de si el proceso judicial se extingue cuando el demandante único transfiere su acciones a un tercero (ahora accionista) argumenta: “Ahora bien, intentando responder a la pregunta sobre si el proceso se extingue cuando el único impugnante transfiere sus acciones, advertimos que desde una óptica procesal el tema es definitivo: quien adquiere un derecho litigioso, en aplicación de una de las formas de la sucesión procesal, puede continuar con el proceso”.<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> “Art. 108 del CPC : **Sucesión Procesal.-** Por la sucesión procesal un sujeto ocupa el lugar de otro en un proceso, al reemplazarlo como titular activo o pasivo del derecho discutido. Se presenta la sucesión procesal cuando:

1. Fallecida una persona que sea parte en el proceso, es reemplazada por su sucesor, salvo disposición legal en contrario
2. Al extinguirse o fusionarse una persona jurídica, sus sucesores en el derecho discutido comparecen y continúan el proceso
3. |El adquirente por acto entre vivos de un derecho discutido, sucede en el proceso al enajenante. De haber oposición el enajenante se mantiene en el proceso como litisconsorte de su sucesor, o
4. Cuando el plazo del derecho discutido vence durante el proceso y el sujeto que adquiere o recupera el derecho, sucede en el proceso al que lo perdió.

En los casos de los incisos 1 y 2, la falta de comparecencia de los sucesores, determina que continúe el proceso con un curador procesal. Será nula la actividad procesal que se realice después de que una de las partes perdió la titularidad del derecho discutido. Sin embargo, si transcurridos treinta días no comparece el sucesor al proceso, este proseguirá con un curador procesal nombrado a pedido de parte.”

<sup>204</sup> MONROY GALVEZ, op.cit, p. 17

<sup>205</sup> MONROY GALVEZ, op. Cit. P. 18 . El profesor Monroy tiene una visión particular que no compartimos, expresada en la siguiente cita “ El fundamento de la sucesión procesal es el principio de economía procesal. Acabar con el proceso cuando todo lo que ha ocurrido es que se ha incorporado a éste otro sujeto que ha acreditado tener interés directo en lo que se decida y a quien, además, lo va a afectar directamente la decisión final que se tome en el proceso, es una decisión onerosa, poco práctica y procesalmente incorrecta. En el caso concreto podría muy bien ocurrir que la persona que adquiere las acciones del impugnante lo haya hecho

Para culminar, citamos otra argumentación interesante del profesor Monroy, quien señala: “Por otro lado, prescribe también la norma que tal “extinción” del proceso ocurrirá inclusive cuando la transferencia de las acciones del demandante no sea total. Sin embargo, a tenor del artículo 140 de la Ley (LGS), un accionista no está legitimado para impugnar en función del número de acciones sino de la conducta que haya asumido en la junta o si estuvo ausente durante su realización. Siendo así ¿porqué un accionista titular de cien (100) acciones que se opuso al acuerdo, razón por la cual impugnó éste no puede continuar con el proceso de impugnación al haber vendido cincuenta (50) acciones?”<sup>206</sup>. Al respecto cabe citar lo señalado acerca del mismo interrogante por el profesor Ricardo Beaumont Callirgos, el mismo que expresa: “Es posible que alguien ponga en duda el porqué de la transferencia “parcial”, también produce la extinción de la acción de impugnación, y eventualmente considere incorrecta esta norma. Se preguntará por ejemplo si el accionista impugnante posee el 30% del capital social y transfiere un 10%, porqué esta transmisión parcial va a extinguir respecto de él, el proceso de impugnación. La respuesta es que la impugnación se planteo con la voluntad unitaria del 30% , que no es divisible en varias o numerosas voluntades, tales como y dentro de ellas, algunas para enajenar, otras para dar en prenda, unas terceras para dar en usufructo y las últimas para continuar la impugnación. Llevado al extremo podría darse el caso entonces de impugnar con el 30% y después enajenar el 29.99% para continuar con el 0.01% una impugnación inconducente, que daña a la

---

pagando un adicional en atención a que su abogado, al revisar el proceso de impugnación, ha advertido que las posibilidades de ganar el proceso son altas y que la decisión impugnatoria mejorará considerablemente el valor patrimonial de las acciones. Sin embargo, una norma como la comentada, al impedir la venta de las acciones del impugnante, consagra una visión anquilosada que contradice la dinámica propia de las relaciones comerciales. Por las razones expuestas- compartiendo una vez más la enterada opinión del profesor Palacios- considero que la norma no ha optado en definitiva por alguna de las teorías, con lo que, peligrosamente, se puede sustentar el absurdo de que cuando un accionista transfiere sus acciones, el proceso no puede ser continuado por el adquirente.” (op. Cit. P. 18). Creemos que la norma societaria no permite inferir que el hecho de transferir las acciones por parte del demandante signifique la pérdida de la posibilidad de ser continuado por el adquirente pues el art. 144 de la LGS establece que el proceso se extinguirá *respecto de él*, mas no respecto de quien actualmente ostenta el *status* de accionista y por lo tanto en virtud a su calidad de sucesor procesal puede lógicamente continuar el proceso en el estado en que se encuentre.

<sup>206</sup> MONROY GALVEZ, op.cit, p. 19

sociedad y en la que tal vez no exista modo de hacer pagar al actor los daños y perjuicios de su mala fe. La voluntad expresada con la totalidad de las acciones, es una: con la que impugnó debe continuar, sin fraccionamientos ni cortapisas. Por cierto, nada quita ni agrega la adquisición de un mayor número de acciones, en el intervalo”<sup>207</sup>. En el mismo sentido se orienta el profesor Elías Laroza quien, justificando la opción legislativa, manifiesta: “ Esta disposición se enmarca, al igual que las normas orientadas a disuadir impugnaciones maliciosas, en las que buscan impedir el ejercicio abusivo del derecho de impugnación. Hemos señalado que la regulación de la impugnación debe encontrar un difícil equilibrio entre el legítimo derecho de los accionistas y la necesidad de defender a la Sociedad de impugnaciones maliciosas o carentes de interés legítimo que puedan afectar seriamente el desarrollo de sus actividades. La regulación de las transferencias parciales de las acciones del impugnante se inclina decididamente por la protección de la sociedad. Así quedó plasmada la opción del legislador en este caso”<sup>208</sup>

#### **4.4.3. Otros sujetos legitimados activamente para impugnar judicialmente los acuerdos**

##### **a) Accionistas titulares de acciones preferidas sin derecho a voto**

Al respecto el Artículo 140 de la L.G.S. preceptúa “ (...) En los casos de acciones sin derecho a voto, la impugnación sólo puede ser interpuesta respecto de acuerdos que afecten los derechos especiales de los titulares de dichas acciones”. Las acciones sin derecho a voto fueron incorporadas en nuestro sistema societario por la ley 24356 del 20 de setiembre de 1994.<sup>209</sup>

##### **b) Accionistas con interés contrario en la respectiva decisión**

<sup>207</sup> BEAUMONT, op.cit, p. 334

<sup>208</sup> ELIAS LAROZA, Enrique, op. Cit. P. 304

<sup>209</sup> El artículo 96 de nuestra LGS establece que “ la acción sin derecho a voto confiere a su titular la calidad de accionista y le atribuye, cuando menos, los siguientes derechos: (...) 3. impugnar los acuerdos que lesionen sus derechos (...)”

Le corresponde también el derecho de impugnar el acuerdo asambleario al accionista que no votó en la respectiva decisión por estar en conflicto de intereses, para el caso determinado, con la Sociedad, pues la circunstancia de que la ley le imponga a éste de abstenerse de emitir su voto en determinada cuestión, no implica que deba consentir la correspondiente decisión cuando ella es contraria a la ley, el estatuto o reglamento. Así el artículo 133 de la LGS. regula lo concerniente a la suspensión del Derecho de voto, preceptuando : “El derecho de voto no puede ser ejercido por quien tenga, por cuenta propia o de tercero, interés en conflicto con el de la sociedad. En este caso las acciones respecto de las cuales no puede ejercitarse el derecho de voto son computables para establecer el quórum de la junta general e incomputables para establecer las mayorías de las votaciones. El acuerdo adoptado sin observar lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo es impugnabile a tenor del artículo 139º y los accionistas que votaron no obstante dicha prohibición responden solidariamente por los daños y perjuicios cuando no se hubiera logrado la mayoría sin su voto.”<sup>210</sup>

### ***c) El accionista que ha votado favorablemente la decisión adoptada***

En este caso en el que la normativa nacional parece desechar liminarmente la posibilidad de impugnar el acuerdo por parte del accionista que votó favorablemente la decisión impugnada, la legislación argentina a través de la ley 19550, según el texto de la ley 22903, nos ofrece otra dimensión de las cosas y legitima activamente sólo al accionista que ha votado favorablemente la decisión asamblearia para demandar su anulación, cuando su voto haya sido anulable por vicio de la voluntad, es decir, cuando este voto haya sido emitido mediante error, dolo o violencia, supuestos a los cuales resultan aplicables los principios generales previstos por el ordenamiento común (arts. 923 a 943 del Código Civil Argentino). En nuestro caso sería de aplicación el artículo 221 de nuestro C.C.<sup>211</sup>

---

<sup>210</sup> Este artículo guarda relación con el artículo 248 de la Ley 19550 argentina

<sup>211</sup> “Artículo 221: El acto jurídico es anulable: 1) Por incapacidad relativa del agente, 2) Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación, 3) Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero. 4) Cuando la ley lo declara anulable.” Al respecto doctrina argentina expresa: “Ejemplos

#### **d) Los terceros interesados**

Los terceros interesados pueden solicitar la nulidad (no se presenta la impugnación judicial de acuerdos propiamente dicha) de los acuerdos contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en la LGS o en el Código Civil<sup>212</sup>. El tema de los terceros interesados también es comentado por la doctrina argentina indicando que “Ello (la acción por parte de terceros afectados con el acuerdo) deviene de la circunstancia ya enunciada en nuestra introducción al tema, de que en tal supuesto no sería de aplicación la acción regulada por el artículo 251( referida a la impugnación judicial de acuerdos), sino la acción de nulidad absoluta de derecho común, y aplicables al caso, entre otros, los arts. 16,18,953,1047 y 1071 del Código Civil, habilitándose su ejercicio por cualquier tercero a quien la resolución pudiese afectar en su interés subjetivo y particular. Estos supuestos, que debemos calificar en general como excepcionales, permiten el ejercicio de la acción de nulidad de la decisión asamblearia por los terceros afectados por ella (y no enumerados en la disposición del artículo 251), pero no fundamentándose tal legitimidad en norma societaria alguna, sino en la normativa de derecho común sobre lesión de un interés general , o en el choque entre el interés de los terceros afectados con el interés particular

---

prácticos de voto anulable por vicio de dolo serían, por ejemplo, la elección de determinado director que esté inhabilitado para desempeñar ese cargo por hallarse incurso en las hipótesis previstas por el art. 264 de la ley 19550, habiéndosele ocultado a los accionistas esas circunstancias, así como la aprobación de un aumento del capital social mediando falsedad en las causas que a juicio del directorio justifican ese incremento; la aprobación de los estados contables por su falsedad o la distribución de dividendos ficticios, cuando se ha conseguido convencer a los accionistas de la existencia de utilidades, simulando partidas en el activo o disimulándolas en el pasivo. En resumen (...) habrá dolo cuando el asunto de que se trata hubiera sido presentado por los directores bajo falsas apariencias, en forma tal que el accionista, aun poniendo la atención que dispensa ordinariamente a sus negocios, no hubiera podido descubrir la verdadera naturaleza del acto.” NISSEN op. Cit. p. 126

<sup>212</sup> Artículo 150 de la LGS: “ **Acción de nulidad, legitimación, proceso y caducidad:** Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil. Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior la que se sustanciará en el proceso de conocimiento. La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo”

de la Sociedad”<sup>213</sup>. Otro sector de la doctrina argentina señala: “Creo, pues, que ese derecho solo asiste a los terceros que, relacionados con la sociedad, pueden participar en la vida de la sociedad en determinadas ocasiones, o que sus derechos estén relacionados con las normas de funcionamiento de la sociedad. Me refiero a los casos de los debenturistas, tenedores de bonos convertibles, titulares de bonos de goce y participación, fundadores de la sociedad, etc. Al contrario, los terceros que han contratado con la sociedad y que se hallan fuera de los casos mencionados, carecen de ese derecho, pues para el caso de que aquella no cumpla con sus obligaciones, tiene las acciones correspondientes derivadas de la relación jurídica en la que intervinieron, sin que tenga relevancia para ellos, el contenido de un acuerdo asambleario que los accionistas han adoptado para limitar o eludir el cumplimiento de las obligaciones de la sociedad, el cual le resulta inoponible a los acreedores atento a su carácter interno y su restringida obligatoriedad (...)”<sup>214</sup>.

Tema interesante sobre el que se pronuncia la doctrina española<sup>215</sup> es el concerniente al requisito de la oposición al acuerdo impugnado, señalándose al respecto que “a) Debe hacerse constar después de la adopción del acuerdo b) Es suficiente reservar todas las acciones, c) No es necesario que al manifestar la oposición, ésta se motive, d) No es suficiente haber votado en contra ni omitir el voto, e) No están legitimados los que no formularon oposición, f) La oposición al acuerdo no puede suplirse por un acta notarial previa, g) El salvar el voto equivale tan sólo a la abstención, h) En una S.A. familiar el oponerse votando en contra basta para dar como cumplida la exigencia de la oposición al acuerdo, i) No es suficiente anunciar que se considerará nulo el acuerdo si este se adopta, j) Es suficiente presentar un escrito en el que se impugne el cierre del balance

---

<sup>213</sup> MASCHERONI, Fernando, op. Cit. p. 243. Para el caso de nulidad petitionada por terceros, vemos que la doctrina argentina se remite a las normas del Código Civil, sin embargo en el caso nuestro la nulidad pretendida por los terceros afectados con el acto asambleario se regula por la propia norma societaria en el artículo 150 antes transcrito

<sup>214</sup> NISSEN, op.cit., p. 33

<sup>215</sup> RODRÍGUEZ VILLA, Daniel, *Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Accionistas, Legislación, Doctrina y Jurisprudencia, según el nuevo texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, 2da. ED. Ed. Aranzadi pp. 37 y ss.

oponiéndose al mismo, k) El abandonar la Junta no es hacer constar la oposición al acuerdo, l) La oposición al acuerdo principal implica la de los acuerdos derivados del mismo ll) Cuando en el acta consta el nombre de los disidentes de un acuerdo, este dato ha de estimarse como que cada uno de ellos ha hecho constar su oposición, m) Respecto de las infracciones cometidas en la convocatoria, debe constar la oposición al abrirse la sesión, n)No puede impugnarse la convocatoria cuando la Junta queda consentida sin oposición”

Ahora que hemos tratado algunas aristas de la legitimación activa en la impugnación judicial de acuerdos, pasamos a esbozar un tema mucho más pacífico en la doctrina, legislación y jurisprudencia: La legitimación pasiva.

#### **4.4.4. LEGITIMACIÓN PASIVA**

Al respecto nuestro C.C. no dice nada referente a la legitimación pasiva en una demanda de impugnación judicial de acuerdos, pero se entiende que el demandado en una acción de esta naturaleza es la propia Asociación, la misma que saldrá a juicio a través de sus representantes. Punto interesante es el advertido por la Dra. Duran<sup>216</sup>, en el sentido que se puede dar el caso que sea el directivo de la asociación el que impugna el acuerdo. En este caso, señala, el juez nombrará un representante de la asociación dentro de los que hayan votado a favor del acuerdo impugnado. De igual forma en el campo de las personas jurídicas con finalidad lucrativa la legitimación pasiva recaerá en la propia sociedad. Pese a que no es materia del presente trabajo, sin embargo se relaciona con la legitimación pasiva, es bueno tener en cuenta que no son acumulables la impugnación de acuerdos y la responsabilidad civil de los órganos o representantes de la Sociedad por tener distinta naturaleza y por corresponder a vías procedimentales también distintas. La doctrina argentina comentando la posibilidad de acumular tales acciones señala: “No obstante, del texto del art. 254 de la ley de sociedades comerciales resulta la posibilidad de incorporar por la vía

---

<sup>216</sup> DURAN ALDANA, Mariella op. Cit. p. 447

del art. 87 del Cod. Proc. Civil y Com. De la Nación y el mismo de la Provincia de Buenos Aires (acumulación de acciones) la demanda de responsabilidad contra los accionistas que votaron favorablemente la decisión impugnada, así como también acción contra los directores, síndicos y demás funcionarios de la Sociedad, responsables de la adopción de la resolución que se impugna. Respecto de esta última acción es dable destacar su gravedad, que se demuestra en lo siguiente: aún cuando la asamblea de la sociedad revocara la decisión impugnada (asamblea posterior) y cayera la acción de impugnación de la decisión por tal revocación, subsistirá la acción de responsabilidad por los daños y perjuicios, contra aquellos accionistas que hicieron posible tal resolución impugnada (y dejada luego sin efecto) por el solo hecho de haberla votado aun cuando esta hubiera sido dejada sin efecto por la asamblea posterior”<sup>217</sup>.

#### **4.4.5. COLOFÓN**

Como se ha podido apreciar del desarrollo de la institución de la legitimación en la impugnación judicial de acuerdos asociativos o societarios, existen una serie de supuestos y de interrogantes que hemos intentado responder, pero que muchas de ellas siguen siendo materia de polémica y de actitudes heterogéneas por parte de los operadores del derecho. En lo que respecta al precedente judicial que nos ha permitido explayarnos en el presente capítulo, grafica trágicamente lo que puede significar la confusión en materia de legitimación (activa o pasiva). Efectivamente, tal como hemos desarrollado ampliamente, la legitimación activa es ejercida por los accionistas de la Persona Jurídica, en sus diversas situaciones jurídicas (el socio o accionista que hacer constar su oposición, el ausente y el privado ilegítimamente de emitir su voto) y la legitimación pasiva solamente le corresponde a la Persona Jurídica, siendo un contrasentido plantear la demanda por parte de la Sociedad, emplazando al supuesto infractor del Estatuto Societario, tergiversando de esta forma los principios elementales de la legitimación en materia societaria. Mención aparte merece el aspecto procesal (que no es materia

---

<sup>217</sup> MASCHERONI, Fernando H, op. Cit. p. 246

del presente trabajo) en lo concerniente a los efectos de lo resuelto en torno a las excepciones, pues en el caso de declararse fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante (situación no amparada en sede casatoria) el efecto es la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso, mientras que si se declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado (situación amparada en sede casatoria) lo que procede es la suspensión del proceso hasta que el demandante establezca la relación jurídica procesal correcta.

Quedan como siempre aspectos pendientes en torno al tema de la impugnación judicial de acuerdos como el correspondiente al tema de las medidas cautelares o al del plazo, los cuales se podrán tratar en los capítulos siguientes.

## **CAPITULO V**

### **LA SUSPENSIÓN DE ACUERDOS SOCIETARIOS**

#### **5.1. INTRODUCCIÓN**

El presente capítulo tiene por objeto colocar en el centro del debate académico y del operador jurídico, una materia que está signada por muchas interrogantes y vicisitudes, las mismas que no permiten dar una respuesta clara y consistente por parte de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia a las controversias planteadas en la práctica cotidiana. Nos referimos específicamente a la suspensión de acuerdos, institución regulada en el artículo 145 de la LGS. Asimismo, nos proponemos incidir en la forma como la sistematización de la figura en cuestión influye en la confusión que no permite resolver adecuadamente los conflictos al interior de las Sociedades, al poder utilizarse de manera indistinta la impugnación de acuerdos propiamente dicha y la nulidad de acuerdos regulada en el artículo 150 de la LGS. Como se verá esta falencia en la sistemática societaria, hace que, por ejemplo, en el caso de una solicitud de suspensión de acuerdos, no se cumplan con los presupuestos exigidos en el artículo 145 de la LGS, bastando invocar las causales de nulidad reguladas cinco artículo mas adelante. De igual manera, queremos observar la manera como nuestros tribunales vienen resolviendo las incertidumbres suscitadas y la manera en que la legislación y jurisprudencia comparada han dado respuesta a tan atribulada

materia, lo que podría servirnos de referente para resolver nuestros problemas vía una modificación legislativa u orientando nuestra jurisprudencia.

## **5.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUSPENSIÓN DE ACUERDOS Y DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA. CONSECUENCIAS DE NUESTRA REGULACIÓN EN LA PRESENTE FIGURA**

### **5.2.1. Lo que dice la legislación nacional**

La materia que a continuación abordamos se encuentra regulada en el artículo 145 de nuestra LGS estableciendo: “ **Artículo 145. Suspensión del acuerdo:** El juez a pedido de los accionistas que representen más del veinte por ciento del capital suscrito, podrá dictar medida cautelar de suspensión del acuerdo impugnado. El juez debe disponer que los solicitantes presten contracautela para resarcir los daños y perjuicios que pueda causar la suspensión”. Seguidamente, en el artículo 147 de la LGS, se legisla sobre la anotación preventiva de demanda con la sumilla de Medida Cautelar, de la siguiente forma: “**Artículo 147: Medida cautelar:** A solicitud de parte, el Juez puede dictar medida cautelar, disponiendo la anotación de la demanda en el Registro. La suspensión definitiva del acuerdo impugnado se inscribirá cuando quede firme la resolución que así lo disponga. A solicitud de la sociedad las anotaciones antes referidas se cancelarán cuando la demanda en que se funden sea desestimada por sentencia firme, o cuando el demandante se haya desistido, conciliado, transado o cuando se haya producido el abandono del proceso.”

Como se ha mencionado precedentemente, la suspensión de acuerdos societarios exige determinados presupuestos que de no cumplirse la solicitud será desestimada por el Organismo Jurisdiccional, siendo estos requisitos el ser accionista (un tercero no puede solicitar la suspensión), representar más del veinte por ciento del capital suscrito (no se menciona si con derecho a voto o sin este) y prestar contracautela (caución en la legislación española) a fin de resarcir los daños y perjuicios que pueda causar la suspensión. Pues bien, nos encontramos ante

requisitos aparentemente exigentes que privilegian la seguridad jurídica y promueven el tráfico mercantil, al poner un tamiz elevado (sumamente elevado, por ejemplo para el caso de las Sociedades Anónimas Abiertas) pero que al final son literalmente omitidos por la confusión a la que hemos hecho referencia en nuestro capítulo tercero (referido a la ambivalente sistemática de nuestra LGS en materia de impugnación y nulidad), y que se expresa en que basta invocar las causales de nulidad de acuerdos (artículo 150 de la LGS) para que todas estas exigencias sean evadidas, pues ya no se invocará como proceso principal el de impugnación judicial de acuerdos (artículo 139 de la LGS) sino el de la denominada acción de nulidad (artículo 150 de la LGS), pudiéndolo hacer hasta un tercero con legítimo interés, y no requiriendo el elevadísimo 20 % de capacidad accionaria ( En España es exigible el 5%) para tener legitimidad en su solicitud de suspensión, utilizando para esto la llamada medida cautelar genérica regulada en el artículo 629 del Código Procesal Civil<sup>218</sup>, para lo cual solamente se exigirán los requisitos generales de una medida cautelar, esto es la verosimilitud, el peligro en la demora y la contracautela<sup>219</sup> (alguien también habla de adecuación<sup>220</sup>).

### 5.2.2. Lo que dice la legislación y jurisprudencia española

Tomando en consideración que en los apartados precedentes hemos hecho mención a la legislación española y a su jurisprudencia, consideramos importante conocer lo que señala la legislación ibérica con referencia a la suspensión del acuerdo impugnado y la anotación preventiva de demanda. La Ley de Sociedades Anónimas Española, prescribe en su artículo 120, lo siguiente: “ **Artículo 120:**

<sup>218</sup> **Art. 629.- Medida Cautelar Genérica:** Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva”

<sup>219</sup> **Art. 611.- Contenido de la decisión cautelar.** El juez, siempre que de lo expuesto y prueba anexa considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal. La medida sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso. La resolución precisará la forma, naturaleza y alcances de la contracautela. La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar será debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

<sup>220</sup> **MONROY PALACIOS,** Juan José, *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*, Comunidad 2002

**Suspensión del acuerdo impugnado:** 1. El demandante o demandantes que representen al menos el 5 por 100 del capital social podrán solicitar en su escrito de demanda la suspensión del acuerdo impugnado. 2. El juez proveerá dicha solicitud en la comparecencia previa, pudiendo disponer que se aseguren mediante aval o caución los perjuicios que eventualmente puedan causarse a la sociedad. En caso de peligro de retardo, el Juez, con anterioridad a la comparecencia previa, podrá decretar la suspensión con arreglo a las normas del procedimiento incidental. 3. Contra la resolución del juez cabrá recurso de reposición y contra el auto desestimatorio de la reposición podrá interponerse recurso de apelación, que se admitirá en ambos efectos, mediante escrito que se presentará en el plazo de cinco días. 4. El Juzgado admitirá el recurso y emplazará a las partes para que en un plazo igual se apersonen en la Audiencia. Dentro del término del emplazamiento, el recurrente comparecerá ante la audiencia y al propio tiempo formalizará el recurso por medio del escrito motivado, del que se dará traslado por cinco días a los recurridos que hubiesen comparecido, a fin de que puedan oponerse. 5. La Audiencia, sin más trámites y sin celebración de vista, resolverá en el plazo de diez días. Contra la resolución de la audiencia no cabrá recurso alguno”.

En el mismo sentido el artículo 121 del mismo texto normativo expresa: “ **Artículo 121. Anotación preventiva:** 1. La anotación preventiva de la demanda de impugnación en el registro Mercantil y su publicación en el “Boletín Oficial” podrán obtenerse con arreglo a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. 2. La anotación preventiva de las resoluciones firmes que ordenen la suspensión del acuerdo impugnado se practicará, sin más trámites a la vista de aquellas. 3. La anotación preventiva de la demanda se cancelará cuando esta se desestime por sentencia firme y cuando haya desistido de la acción la parte demandante o caducado la instancia. En iguales circunstancias se cancelará la anotación preventiva de la suspensión del acuerdo”.

Con respecto a la suspensión de acuerdos la jurisprudencia española se pronuncia señalando que: *“Un acuerdo suspendido por el juez no puede servir de base para estructurar la contabilidad de años posteriores, mientras esté “sub iudice”*

Así se aprecia en la sentencia del 27 de junio de 1969, y en el mismo sentido con la sentencia del T.S. de 29 de noviembre de 1983 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García, Aranz. 6733/83) cuando señala la obligación de los administradores de formular la memoria, el balance y las cuentas. Transcribimos parte de la sentencia: *“ (...) aun cuando al tiempo de celebrarse la Junta General Ordinaria estuviesen entablados procedimientos de impugnación de otros acuerdos de la Sociedad adoptados en años precedentes, cuyo resultado sería susceptible de influir en el que es objeto de posterior censura, **únicamente en el supuesto de que aquellos estuviesen en suspenso con arreglo a la norma 4ta del artículo 70, podría ponerse en tela de juicio la nulidad del mismo (...)**”*

Otra jurisprudencia nos señala el momento desde que opera la suspensión, expresando que :

*La suspensión opera desde que se solicita, si finalmente queda acordada, y, si se refiere al nombramiento de un Consejo de Administración, impide a este convocar Juntas generales posteriores.*

Efectivamente, la Sentencia del T.S. de 25 de febrero de 1986 ( Ponente : Excmo. Sr. D. Cirilo Serena Velloso; Aranz. 852/86) lo entendió así ante una Junta Extraordinaria de elevación de capital que otorgaba derechos preferentes a los nuevos suscriptores, la cual había sido convocada por un Consejo de Administración nuevamente nombrado y respecto del cual el Juzgado había suspendido su acuerdo de nombramiento, entendiendo el T.S., al igual que la Audiencia territorial, que los accionistas solicitantes de la nueva reunión debían haberse dirigido al Consejo antiguo. La sentencia descrita expresa:

*“ (...) pues la suspensión opera desde que se solicita si finalmente queda acordada de suerte que era el Consejo antecedente constituido al tiempo que la Sociedad misma el 5 de mayo de 1982 el legalmente facultado para convocar la Junta impugnada y al que hubo de dirigirse, si se produjo la solicitud de los accionistas representantes del amenos el 10% del capital social a que se refiere el artículo 56 (hoy 100 pero otorgando el derecho al 5% del capital social) de la Ley S.A., habiendo sido correctamente aplicado el mismo al igual que el 49 y el 52 (hoy 94 y 96) y sin que haya de tomar en consideración el 92 (hoy 158) por cuanto, como ya se deja advertido el fundamento del fallo que el recurso combate no es otro que el de la nulidad de la convocatoria por no haberla efectuado el Consejo de Administración, órgano al que corresponde efectuarla por así determinarlo el artículo 49 y el (artículo 64 sobre Administración y representación de la Sociedad) qua aparece incorporado a la escritura de constitución y que no consta haya sido modificado”<sup>221</sup>*

### **5.2.3. Lo que dice la legislación y jurisprudencia argentina**

La legislación argentina regula de la siguiente manera la suspensión de acuerdos:

**Artículo 252 de la Ley 19550**, “ Suspensión preventiva de la ejecución” :

“El juez puede suspender a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiera causar a la sociedad”

Con respecto a la anotación preventiva la legislación argentina preceptúa:

---

<sup>221</sup> Las sentencias transcritas han sido tomadas de el interesante trabajo jurisprudencial de **CARRERA GIRAL**, Juan y **CARRERA LOZANO**, Enrique, en *La Ley de Sociedades Anónimas*, Volumen II, 5ta. Edición, Editorial Bosch.

## **Artículo 155. Anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales**

1. La anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales adoptados por la Junta o por el Consejo de Administración se practicará cuando, previa solicitud del demandante y con audiencia de la sociedad demandada, si el Juez a su prudente arbitrio, así lo ordenare.

2. El juez, a instancia de la sociedad demandada, podrá supeditar la adopción de la medida a la prestación por parte del demandante de una caución adecuada a los daños y perjuicios que puedan causarse.<sup>222</sup>

### **5.2.4. Naturaleza Jurídica de la suspensión judicial de acuerdos. Lo que dice la doctrina nacional**

Para el profesor, Dr. Enrique Elias Laroza<sup>223</sup>, la suspensión del acuerdo es una medida cautelar, que “puede ser catalogada como una medida temporal sobre el fondo. A este tipo de medidas se refiere el artículo 674 del Código Procesal Civil<sup>224</sup>

---

<sup>222</sup> Complementariamente, las normas sobre anotación preventiva en materia de nulidad de acuerdos, de la Ley 19550 argentina expresan: **Artículo 156. Cancelación de la anotación preventiva de la demanda de impugnación.** 1. La anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales se cancelará cuando ésta se desestime con sentencia firme, cuando el demandante haya desistido de la acción o cuando haya caducado la instancia .2. El testimonio judicial de la sentencia firme que declare la nulidad de todos o de alguno de los acuerdos impugnados, será título suficiente para la cancelación de la anotación preventiva , de la inscripción de dichos acuerdos y de la de aquellos otros posteriores que fueran contradictorios con los pronunciamientos de la sentencia. **Artículo 157: Anotación preventiva de la suspensión de acuerdos impugnados** 1. La anotación preventiva de las resoluciones judiciales firmes que ordenen, la suspensión de acuerdos impugnados, inscritos o inscribibles, se practicará, sin más trámite a la vista de aquellas. 2. La anotación preventiva de la suspensión de acuerdos se cancelará en los mismos casos que la relativa a la demanda de impugnación de los acuerdos sociales.

<sup>223</sup> ELIAS LAROZA, Enrique, “ *Ley General de Sociedades* ” comentada, Editora Normas Legales, pp. 305 y ss.

<sup>224</sup> **Art. 674.- Medida Temporal sobre el fondo.-** Excepcionalmente por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o solo en aspectos sustanciales de esta

El mencionado autor<sup>225</sup> señala “Este tipo de medidas cautelares se caracterizan porque el juez concede como medida la pretensión del demandante. Como vemos, tal sería el caso de la suspensión del acuerdo societario impugnado. Lo que el demandante busca es dejar sin efecto dicho acuerdo y la mencionada pretensión es concedida temporalmente como medida cautelar. Interesa resaltar el carácter excepcional que el artículo 674 del Código Procesal Civil le imprime a las referidas medidas ya que el artículo 145 participa del mismo principio. La LGS impone un requisito de legitimidad para solicitar la suspensión de los acuerdos societarios impugnados que no se exige para iniciar el procedimiento de impugnación: que sea solicitada por accionistas que representan al menos el 20 % del capital suscrito. Este requisito se condice con la gravedad de la materia, pues al disponer cautelarmente la suspensión del acuerdo impugnado se puede causar un grave perjuicio a la sociedad, paralizando sus actividades o afectando sus operaciones.”<sup>226</sup>. Sin embargo, lo que el profesor Elias no parece advertir o al menos no lo pone de manifiesto en su meritorio trabajo, es el hecho que un accionista que no llegue a tener el 20% del capital suscrito, podría fácilmente obtener la suspensión del acuerdo, invocando la acción de nulidad del mismo, amparándose ya no en las causales previstas en el artículo 139 de la LGS sino en lo preceptuado en el artículo 150 de la LGS, para lo cual, como hemos visto precedentemente, basta tener legítimo interés, lo que implica que ni siquiera es necesario ser accionista. Esto implica que el interesado en solicitar la suspensión del acuerdo ya no tendría que atravesar el tormentoso camino de nuestro artículo 145 sino que simplemente se podría solicitar la medida cautelar genérica ( 629 del CPC) para lograr la suspensión del acuerdo, para lo cual como pretensión principal se invocaría la denominada “acción de nulidad”, con lo cual se perfecciona la inoperatividad del artículo 145, y la carencia de seguridad jurídica en las sociedades, y todo esto, por una regulación societaria que genera confusión y que no ayuda a encontrar una jurisprudencia homogénea en esta materia, tal como hemos visto en el acápite anterior en donde desarrollamos la problemática

---

<sup>225</sup> ELIAS LAROZA, Enrique, op.cit. p. 306

<sup>226</sup> ELIAS LAROZA, Enrique, op. cit. p. 307

concerniente a la distinción entre impugnación de acuerdos propiamente dicha, nulidad y anulabilidad de los mismos.

Al respecto reciente doctrina peruana a hecho interesantes apreciaciones, señalando que:

“ Por otro lado, hacemos notar que, si bien con la finalidad de evitar abusos por parte de la minoría , el legislador ha establecido en veinte por ciento del capital el mínimo necesario para solicitar la suspensión de un acuerdo, en determinados casos esta aparente barrera puede ser superada por la dualidad que contiene nuestra LGS en cuanto a acciones de impugnación y nulidad.

En efecto , como hemos visto, utilizando la definiciones de los artículos 139 y 150 de la LGS, en determinados supuestos sería posible que un acuerdo sea al mismo tiempo pasible de una acción de impugnación y de nulidad. En una situación como ésta una accionista que con menos del veinte por ciento del capital suscrito podría optar por iniciar una acción de nulidad en lugar de una de impugnación, solicitando la suspensión del acuerdo dentro del proceso de nulidad, **basándose en las normas generales sobre concesión de medidas cautelares, según lo regulado por nuestro ordenamiento procesal.**<sup>227</sup> (el resaltado es mío).

---

<sup>227</sup> **ABRAMOVICH**, op. cit. p. 47. Sobre los mismo, este autor con perspicacia académica expresa: “ Esta regla (la del artículo 145 de la LGS- 20% que representen el capital suscrito) modifica en general la regla del cómputo de porcentajes que como regla mayoritaria se ha establecido en la LGS: esto es el cómputo por determinado porcentaje de acciones suscritas con derecho a voto. Por tanto, en las sociedades que cuenten con acciones sin derecho a voto, este requisito va a significar tener que contar con un porcentaje de acciones suscritas con derecho a voto superior al veinte por ciento” (...) Por otro lado, y sin perjuicio de lo señalado anteriormente, consideramos que no resulta razonable ni conveniente que se viese establecido de manera general para la sociedad anónima un único porcentaje para poder solicitar la suspensión de un acuerdo, sin tener en consideración las formas especiales de la sociedad anónima: la sociedad anónima cerrada y la sociedad anónima abierta. En particular, que la exigencia del veinte por ciento resulta en extremo elevada para el caso de la sociedad anónima abierta, que por lo general cuenta con cientos o miles de accionistas, y en las que es extraño encontrar, aparte de los grupos de control, a accionistas con ese porcentaje de participación en el capital social.” Op. cit. p. 251

Tema mas claro es el de la anotación preventiva de la demanda el mismo que se encuentra previsto en el artículo 157 de nuestra LGS que tiene efectos fundamentalmente para los terceros, pues el acto impugnado sigue surtiendo efectos a diferencia del amparo de la suspensión del acuerdo en donde cesan, transitoriamente, los efectos del acuerdo cuestionado, por lo que ahí estriba la diferencia entre la suspensión y la anotación preventiva<sup>228</sup>.

### **5.2.5 Naturaleza procesal del presente instituto, lo que señala la doctrina y jurisprudencia argentina y española**

Somos conscientes que la suspensión de acuerdos y la anotación preventiva, son temas que invaden la “territorialidad procesal”, pero que al igual que muchas aristas “sustanciales” son abordadas por procesalistas es pertinente tocar aquí aspectos de índole procesal, como es el referido a la presente figura de suspensión de acuerdos que es, como hemos visto una medida cautelar. El asunto genera controversias sobre su calificación dentro del mundo de las medidas cautelares, pues como hemos visto para el Dr. Elias estamos ante una medida temporal sobre el fondo, mientras que, por ejemplo para un sector de la doctrina argentina nos encontramos ante una medida cautelar innovativa. Así Ricardo Nissen<sup>229</sup>, citando a Garo<sup>230</sup> nos dice: “ Se trata, de una medida grave que importa

---

<sup>228</sup> Al respecto el Dr. Elias Laroza señalaba con precisión: “ La ejecución de esta medida no importa la suspensión del acuerdo y por ello no son necesarios requisitos adicionales de legitimidad para ser solicitada, pero determina que el tercero que realice algún acto amparado en el acuerdo no pueda alegar, al declararse nulo el mismo, que el acto por el realizado es firme en virtud de la buena fe registral con la que actuó. Por ejemplo, si una sociedad nombra a un Gerente General, se inscribe el nombramiento y posteriormente se impugna este acuerdo, la inscripción de la demanda determina que el tercero que celebre un acto jurídico con la sociedad estando esta representada por dicho gerente, no pueda alegar que actuó de buena fe y que el acto realizado es firme a pesar de que se haya declarado fundada la impugnación. (...) Es importante diferenciar esta medida cautelar de la suspensión de un acuerdo inscrito. En ambos casos se inscribe la medida, pero la anotación de la demanda no afecta la vigencia del acuerdo, limitándose a eliminar la buena fe registral de cualquiera que celebre algún acto con la sociedad amparado en el acuerdo impugnado. Por el contrario, la medida de suspensión del acuerdo sí afecta su vigencia, al menos provisionalmente.” ELIAS LAROZA op. cit. p. 307

<sup>229</sup> NISSEN, Ricardo A. “ *Impugnación Judicial de actos y decisiones assemblearias*” Ediciones Depalma Bs. Aires, 1989

<sup>230</sup> GARO, Francisco “*Sociedades Anónimas*” T. II, p. 69

la anulación momentánea de la resolución adoptada por la mayoría de los accionistas, que es por lo general y normalmente la voluntad de la sociedad”. Sobre la naturaleza jurídica de esta medida cautelar se indica: “En primer lugar es una medida cautelar innovativa y no conservativa, pues no tiende, como el embargo al mantenimiento de un estado de derecho, sino que tiende a alterar un estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado. Como claramente lo señala Peyrano (*Medida Cautelar Innovativa*, p. 13), en el proceso cautelar innovativo la técnica consiste en que comprometería el resultado del proceso principal, si desde el principio, no se dispusiera determinado cambio en el estado de hecho, y se presenta como modificación anticipada de una situación jurídica. A ello tiende precisamente la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19550, que desde antiguo, ha sido así considerada por eminentes procesalistas extranjeros (Francisco Carnelutti, la traducción es de Niceto Alcalá Zamora y Castillo Santiago Sentís Melendo, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, p. 248).<sup>231</sup>”

Así también se pronuncia Vitolo<sup>232</sup> si bien refiriéndose a la intervención judicial, pero con conclusiones perfectamente concordantes con la suspensión preventiva de decisiones asamblearias- que “estas medidas, si bien accesorias de una acción de fondo por su naturaleza intrínseca dentro del contexto de ésta, se plasma integrativamente en la demanda, sin que se pueda sostener que pueda correr su propia suerte, aunque prospere la demanda principal. La accesoriedad, a juicio de este autor, deriva de la imposibilidad de solicitar la suspensión provisoria sin haber accionado por nulidad, lo cual lleva a sostener la imposibilidad de que pueda funcionar autónomamente; pero dicha accesoriedad no tiene carácter sustancial, pues la medida cautelar se funda en ella una vez entablada, incorporándose en una suerte de unión, para ligarse a la misma tramitación principal”.<sup>233</sup>

---

<sup>231</sup> NISSEN, op. cit. p. 165

<sup>232</sup> VITOLO, Daniel Roque, ponencia presentada a las Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Societario, Comisión III, Bs. Aires, 1981

<sup>233</sup> VITOLO, op. cit., citado por NISSEN, p. 167. Este último autor señala refiriéndose a una diferenciación con las con las medidas cautelares reguladas por los “códigos de forma” lo siguiente: “Por ello, resulta de toda evidencia que la efectividad de esta medida cautelar radica no solo en la celeridad de su dictado – propio de

La misma doctrina argentina al referirse a los presupuestos para la procedencia de la suspensión preventiva de las decisiones asamblearias, manifiesta que, los presupuestos requeridos para su dictado (el de la suspensión preventiva) son los propios de todas las medidas cautelares de esta naturaleza (verosimilitud del derecho, peligro en la demora, contracautela e irreparabilidad del perjuicio) y los específicos previstos por la ley 19550 en su art. 252 (promoción de la acción de nulidad, que existan motivos graves, que no medien perjuicios para terceros y garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad).<sup>234</sup> Con respecto a la *existencia de motivos graves* ha dicho la jurisprudencia argentina que “para que proceda la suspensión provisoria de una asamblea es necesario en principio que existan motivos graves para ello, esto es, que no basta un temor de perjuicio, pues ello supondría reconocer a los accionistas disidentes el derecho ilimitado y sin control de hacer suspender desde el comienzo del pleito la ejecución de las deliberaciones de la asamblea. En tal sentido, resultaría procedente la suspensión provisoria, si de los elementos presentados surgieran en forma inequívoca o manifiesta de que el acto asambleario que se impugna viola la ley, los estatutos o el reglamento, *configurándose los motivos graves por ese solo hecho*, pues un acto de tal naturaleza no es obligatorio para los accionistas ni debe ser cumplido por los

---

todo proceso precautorio- , sino en el desconocimiento por parte de los órganos de la sociedad demandada de la medida solicitada, y al respecto, su carácter de *inaudita parte* no parece suficiente” (...) “ La suspensión preventiva de resoluciones asamblearias, al igual que la intervención judicial legislada por los arts. 113 y siguientes de la ley 19550, constituyen medidas que si bien precautorias, están previstas por la legislación de fondo, y no por los ordenamientos procesales, y de allí las diferencias que las separan de los principios generales que gobiernan aquellas medidas por los códigos de forma. (...) “En otras palabras, la posibilidad de frustrar el objetivo de la acción de impugnación de acuerdos asamblearios es, en la práctica, cuestión que admite infinitas posibilidades, y por ello la importancia de evitar el conocimiento de la medida cautelar por parte de los órganos de la sociedad es de suma trascendencia , pues con ella se persigue evitar actividades, y no inmovilizar los bienes del patrimonio del deudor, lo cual parece ser el objetivo fundamental de las cautelares en procesos de contenido patrimonial.” (...) Por los argumentos expuestos, soy de opinión, por las especiales características que presenta la medida precautoria prevista por el art. 252 de la ley 19550, que su tramitación interrumpe el curso de la perención de instancia, y que la actividad tendiente a obtener la sentencia cautelar constituye suficiente justificación en la paralización del juicio principal”, NISSEN, op. cit. p. 168

<sup>234</sup> NISSEN, op. cit. p. 171

directores.<sup>235</sup> Con respecto a la *verosimilitud* del derecho invocado el argumento central debe ser la presentación del acta de la asamblea, “pues si de ella surge la existencia de una nulidad manifiesta, el cumplimiento de ese requisito debe tenérselo por acreditado”<sup>236</sup>. Con respecto al otro presupuesto, el denominado *periculum in mora*, la jurisprudencia argentina ha resuelto que en casos en que ha debido avocarse a la procedencia de la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19550, “(...) no resulta suficiente la falta de confiabilidad que la resolución asamblearia pueda causar a terceros respecto de la sociedad, en la medida que no es ese el perjuicio requerido por el art. 252 mencionado, ni la inquietud, preocupación o temor del accionista sobre las consecuencias de la ejecución del acto asambleario, sino que lo efectivamente recurrido por la ley es la invocación de hechos concretos que justifiquen ese peligro.”<sup>237</sup> El otro requisito o presupuesto requerido para la legislación argentina para el otorgamiento de la medida cautelar innovativa de suspensión de acuerdos asamblearios es el que *no medie perjuicio para terceros*, habiéndose pronunciado en el sentido que “(...) no corresponde exigir a esos terceros investigaciones sobre el funcionamiento sin vicios de los órganos sociales, y que la seguridad jurídica exige que puedan confiar en la apariencia jurídica creada”<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> C. Apelaciones Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala II, 26/05/88, en autos “Di Lerna, Osvaldo, contra Clínica Estrada S.A.”, sobre nulidad de asamblea, citado por NISSEN, op. cit. p. 174. Al respecto también se ha pronunciado MASCHERONI, Fernando H. y MUGUILLO, Roberto A., “*Régimen Jurídico del Socio*”, remitiéndose a jurisprudencia de las Salas Argentinas, las que resuelven: “Los “motivos graves” mencionados por la disposición del artículo 252 de la Ley 19550 deben ser evaluados por el Órgano Jurisdiccional, teniendo en cuenta no solo el eventual perjuicio que la medida podría ocasionar a terceros, sino que al analizar la posibilidad de suspender la ejecución de la resolución impugnada debe primar el interés social sobre el particular del accionista impugnante (C.N. Sala B, 23/09/86, “Grossman, H. c/Los Arrayanes S.A.”). Los “motivos graves” que justifiquen la suspensión del art. 254 se configurarán, entonces, cuando la ejecución de la decisión impugnada resulte notoriamente nociva o peligrosa para la gestión social, o existieran dudas sobre su efectividad y- de permitirse su ejecución- fuera imposible su retorno a la situación anterior” (C.N. Com. Sala A, 28/11/90 ED, 142-511)

<sup>236</sup> NISSEN, op. cit. p. 174

<sup>237</sup> NISSEN, op.cit. p. 176

<sup>238</sup> HALPERIN, Isaac, *Sociedades Anónimas*, Ediciones Depalma, 1975. p. 657; ZALDIVAR Enrique y otros, *Cuadernos de derecho societario*, vol III, p. 494; MARTORELL, Ernesto, *Sociedades Anónimas*, Ediciones Depalma 1988 p. 299, Asimismo se señala acertadamente que “Cabe afirmar, sí, que entre la existencia de los motivos graves que el juzgador debe analizar para admitir la procedencia de esa medida, se debe estudiar la incidencia de ella dentro del giro de la sociedad, decretándola únicamente, como sostiene Halperin, cuando la ejecución del acuerdo social cause perjuicios irreparables o mayores que con la suspensión, y denegándola en caso contrario; pero de allí las conclusiones sentadas en la Jurisprudencia antes mencionada, hay un largo camino, que empieza por desconocer el carácter social que reviste la acción

Finalmente el último presupuesto exigido por el artículo 252 de la Ley 19550 argentina se refiere a la Prestación de *Contracautela* suficiente, definiéndola como: “el necesario contrapeso de su despacho *inaudita parte*, pues con ella se asegura que la medida cautelar debe ser doble, asegurando al actor un derecho aún no actuado, y al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños, si aquel derecho no existiera o no llegara a actualizarse”<sup>239</sup>.

Si nos atenemos a definir a la suspensión de acuerdos como una medida cautelar innovativa tendremos que coincidir con el conocido procesalista argentino Jorge Peyrano<sup>240</sup> el mismo que la define como “una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor. (...), ni tampoco impera que se mantenga el *status* existente al momento de la traba de la litis. Va más lejos ordenando, sin que medie sentencia firme, que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente”<sup>241</sup>.

Dentro de los presupuestos generales de la medida cautelar innovativa decritos por Peyrano tenemos a: a) La apariencia del derecho invocado, b) el peligro en la demora y c) la contracautela<sup>242</sup>.

---

impugnatoria de las asambleas, en virtud de la cual los accionistas ejercen un poder de vigilancia que resulta en beneficio de la misma sociedad.” NISSEN, op. cit. p. 179

<sup>239</sup> NISSEN, op. cit. p. 179 citando a PEYRANO y a PODETTI

<sup>240</sup> PEYRANO, Jorge Walter, *Medida Cautelar Innovativa*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 22

<sup>241</sup> PEYRANO, *Recepción de la medida innovativa en sede jurisdiccional*, en J.A., T. III, 1977, p. 65

<sup>242</sup> Al respecto, resulta interesante consultar los trabajos que Peyrano tiene sobre el tema de la medida cautelar innovativa, siendo el autor que más ha trabajado el tema en su país. El autor de la cita precedente afirma que aparte de los requisitos ordinarios (verosimilitud, peligro en la demora y contracautela) existe un cuarto que le es propio: la posibilidad de que se consume un daño irreparable. Así el autor refiere: “La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades de verosimilitud. El resultado de esa cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene, pues, en todos los casos, valor no de declaración sino de hipótesis; solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde con la realidad” PEYRANO, “*Medida Cautelar Innovativa*” p. 25. En otro trabajo señala: “Es que la medida

Como hemos visto en líneas anteriores la legislación y la jurisprudencia española tienen mucho más claro lo relativo a la nulidad y la anulabilidad de acuerdos y esto se expresa también en la solución legislativa y jurisprudencial que se da con respecto a la suspensión de acuerdos. Así Ruiz de Villa<sup>243</sup> al referirse a la impugnación de acuerdos en la legislación hispana nos indica que “ (...) sino que abarcará tanto la impugnación de acuerdos anulables en el plazo de caducidad de cuarenta días, la impugnación de acuerdos nulos en el plazo de caducidad de un año y, lo que es más importante a nuestro entender, la impugnación que, en cualquier momento, se haga de acuerdos nulos que contraríen el orden público.

---

innovativa – se diga lo que se quiera- puede llegar a constituir una suerte de anticipo cautelar de la sentencia de mérito, y ello puede generar serias y graves consecuencias a quien se opone ( PEYRANO, *Nuevos perfiles de la medida cautelar innovativa*, en J.A., T. I 1979, p. 851). Así, refiriéndose al presupuesto del peligro en la demora señala: “(...) si el órgano jurisdiccional no actúa ya (aunque sea de modo provisorio), es probable que nunca más pueda hacerlo con eficacia. Lo que hoy resulta eficaz, mañana puede ser el remedo de lo querido por Diké o, peor aun, una burla que deteriore la imagen de la administración de justicia” op. cit. p. 26. Refiriéndose a la contracautela como requisito indispensable para el otorgamiento de la medida cautelar innovativa nuestro autor señala: “ (...) debe procederse con suma prudencia, evitando otorgar medidas que puedan ocasionar daños, sin la suficiente garantía de resarcimiento; en alguna medida, su propia responsabilidad de magistrado –tercero imparcial – está en juego en el caso. Siendo la contracautela, como he señalado- un presupuesto de la medida cautelar- ella debe constituirse antes de su cumplimiento. En caso que no se hubiera procedido así, habría que emplazar perentoriamente a quien la obtuvo para que la otorgue, bajo apercibimiento de levantarla sin más trámite (Podetti)”, PEYRANO, op. cit. p. 27. Se señala también que no procede el despacho *ex officio* de una medida cautelar innovativa. “En relación a los puntos aquí tratados, cabe destacar el X Congreso Nacional de Derecho Procesal declaró que: La medida innovativa es una diligencia cautelar- de orden excepcional- que solo puede despacharse a pedido de parte, con notas caracterizantes que la distinguen netamente de las restantes providencias de igual naturaleza”. PEYRANO, op. cit. p. 30. Asimismo, señala que “ No se advierte claro qué diferencia sustancial media entre una medida innovativa y, por ejemplo, la prohibición de innovar. Tanto se anticipa a la sentencia de mérito una orden que impera no alterar el *statu quo* existente, como otra que manda, por ahora, cambiarlo. Todo depende de la óptica con que se mire el asunto”. PEYRANO, op. cit. p. 31. Finalmente, cabe mencionar el simbolismo utilizado por el autor citado para graficar las “nuevas” tendencias del derecho procesal y de la medida cautelar innovativa como elemento revolucionario del mismo: “Es conocida la nueva imagen de la Justicia consistente en una balanza cuyo fiel está desequilibrado bajo el peso de una rosa, no obstante que el otro platillo soporta un gran infolio pletórico de ciencia . Con ello se ha querido representar que hoy Diké es más humana y asimismo, según nuestro modo de ver, que su pretérita imagen de ojos vendados ha perdido actualidad. Aquí y ahora la justicia se preocupa por las singularidades de los justiciables (v.gr., la responsabilidad por los hechos humanos involuntarios, la declaratoria de pobreza, etc.) y también por las consecuencias de sus decisiones . ¿Puede, entonces, mantenerse insensible en la situación de hecho existente y ciega ante la posibilidad de que un justiciable resulte irreparablemente perjudicado si no actúa de inmediato?. Pensamos que no. El poder jurisdiccional cautelar no es una frase huera. No puede agotarse en la tímida indisponibilidad de bienes, cuando el imperio de las circunstancias reclama que interfiera prestamente en la situación de hecho existente. PEYRANO, *En defensa de la medida cautelar innovativa*, en J.A., t. II, 1978, P. 642.

<sup>243</sup> **RUIZ DE VILLA**, Daniel Rodríguez, *Impugnación de acuerdos de las Juntas de Accionistas*, Editorial Aranzadi, 2da. Edición, 1994

En definitiva, todo ello es concorde con la supresión que del procedimiento especial de impugnación se ha hecho por la normativa actualmente vigente”<sup>244</sup>.

Cabe también hacer mención a la jurisprudencia española en materia de suspensión de acuerdos, la misma que esboza sus características ante situaciones de lo que denomina “daño marginal” es decir la presencia de una situación de ilicitud aunada a la duración del proceso principal de impugnación de acuerdos<sup>245</sup>.

En lo que respecta a la anotación preventiva de demanda y a la suspensión de acuerdos la doctrina y normatividad administrativa española, específicamente la referida al Registro Mercantil, establecen que “De este modo, a través del conocimiento (merced a la inscripción registral y publicación en el “*Boletín Oficial del Registro Mercantil*”, en cuya virtud la demanda es oponible a terceros conforme al art. 9 del nuevo RRM) de la existencia del litigio, el tercero ya no puede pretender ser de buena fe alegando desconocer la posible existencia de vicios o defectos que afectan a los acuerdos de cuya ejecución dimanen los derechos de los que este tercero fuese titular”<sup>246</sup>. Al respecto, en lo concerniente a la Apariencia de buen derecho: “No se exige ni directa ni indirectamente esta apariencia, este *fumus boni iuris*, a diferencia de lo que ocurre con la suspensión de acuerdos, en la que el requisito del *quórum* mínimo de capital social que la solicite se ha venido interpretando como significativo de dicha apariencia.(...) El

<sup>244</sup> RUIZ DE VILLA, op. cit. p. 257. Del mismo modo este autor señala: “Reiteradamente declara nuestra Jurisprudencia, que si los acuerdos impugnados no se suspenden producen sus normales efectos y, por tanto, efectividad en tanto no se declare su ineficacia, ello con independencia de que se trate de causas impugnatorias de nulidad o anulabilidad.” op. cit. p. 258

<sup>245</sup> Auto de la sección Nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de mayo de 1992 “ Revista General del Derecho” num. 579. págs. 12149 y ss , que con la suspensión “ (...) se trata , al igual que con toda medida cautelar, de evitar el *periculum in mora*, salvando el tiempo que puede transcurrir por la duración del proceso de impugnación (...)” Por su parte la sentencia de la Sección 15º de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de enero de 1994 ( Revista Jurídica de Cataluña, 1994-II, páginas 117-118), señala que la finalidad de la suspensión , en cuanto que medida cautelar, es la “ (...) de prevenir adecuadamente el peligro del llamado **daño marginal** , derivado de unirse a la duración del proceso una prolongada situación de ilicitud no interrumpida , una temida actitud del demandado dispuesto a colocarse en situación de eludir las actuaciones que se sigan para dar satisfacción al derecho del demandante o de cualquier otra circunstancia que haga temer la frustración del mismo” citada por RUIZ DE VILLA, op. cit. p. 280

<sup>246</sup> RUIZ DE VILLA, op. cit. p. 278

art. 155 RRM no requiere la presentación de documento alguno, sino que simplemente establece que habrá de ser el “prudente arbitrio” del Juez el que decida, sin mas requisitos; por el contrario Gimeno Sendra considera que es necesaria esa mínima acreditación documental. (...) Así pues, de no ser por la anotación preventiva de demanda y de no haberse obtenido la suspensión de los acuerdos impugnados, el impugnante quedaría inerte frente a los terceros, pues sería enormemente difícil probar su mala fe, que por el contrario, clara y fácilmente se ve enervada a través del acceso registral de la impugnación”<sup>247</sup>.

La doctrina nacional<sup>248</sup> al referirse a la suspensión de acuerdos señala que :“ Entendemos que el juez decretará la suspensión del acuerdo si por la apreciación de los hechos determina la existencia de indicios suficientes para su invalidez, o que a su criterio la ejecución del acuerdo ponga en peligro inminente a la sociedad o que su ejecución pueda dar lugar a relaciones que rebasen el ámbito interno de la sociedad” . Recientemente, TORRES CARRASCO, ha trabajado sobre el

---

<sup>247</sup> **RUIZ DE VILLA**, op. cit. p. 279-280, El autor también se refiere a aspectos importantes derivados de la figura de la anotación preventiva, tales como la pendency del proceso y la caución (contracautela para nosotros) a otorgarse. Así indica: “**Pendency del Proceso:** “ (...) a nuestro entender, no cabe duda de que debe existir un procedimiento de impugnación de acuerdos sociales pendiente de resolución para poder solicitar la anotación preventiva de una demanda (...)” op. cit. p. 281 **Prestación de Caución:** “ A diferencia de la suspensión de acuerdos sociales en los que el Juez puede *motu proprio* decidir la exigencia de prestación de una caución al actor (art. 120.1 TR), en la anotación preventiva de demanda la decisión judicial relativa a la exigencia de caución es rogada. Así, el art. 15.2 RRM, establece que “ El juez, a instancia de la Sociedad demandada, podrá supeditar la adopción de la medida a la prestación por parte del demandante de una caución adecuada a los daños y perjuicios que puedan causarse”. Congruentemente con la admisión que hacemos de la legitimación de quienes intervengan a favor del mantenimiento del acuerdo social impugnado para poder oponerse a la solicitud de anotación preventiva de demanda, también en este momento admitimos que los mismos podrán exigir la prestación de caución por parte de quien solicita tal anotación” op. cit. p. 281 , “ (...) estimamos mas acertado el considerar que de la caución (cuando así lo exige el juzgador) se hará depender, no la efectividad sino la existencia misma (la “adopción” se dice allí) de la propia medida. Por ello consideramos que el Juez puede dictar un auto en el que razone la necesidad de prestación de fianza y en cuya parte dispositiva se indique que, una vez prestada la fianza, se acordará la anotación preventiva de demanda, luego la fianza, sí es, *strictu sensu*, en su caso, presupuesto y requisito de existencia de la anotación preventiva, ya que antes de dicha prestación no existiría como tal.” Op. cit. p 282

<sup>248</sup> **HUNDSKOPF EXEBIO**. Oswaldo, *El derecho de impugnación de acuerdos de Juntas Generales de Accionistas en la nueva ley general de sociedades*, en *Ius et Praxis*, N° 28, 1997, p. 18 y ss.

tema<sup>249</sup> señalando que “ Estamos, pues, frente a un supuesto de medida cautelar de no innovar, prevista en el artículo 687 del Código Procesal Civil, y como tal afecta provisionalmente la vigencia del acuerdo, por lo que su procedencia al ser excepcional debe ser merituada exhaustivamente por el juez”<sup>250</sup>

Contrariamente a la doctrina española antes glosada el autor citado expresa que “ (...) El pedido puede ser interpuesto antes de iniciado un proceso o durante la tramitación de éste, siempre que los peticionantes demuestren que la medida esté destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva” <sup>251</sup>.

Con respecto a la anotación preventiva de demanda se expresa que “ A diferencia de la medida cautelar de suspensión del acuerdo, la anotación de la demanda no afecta la vigencia y eficacia del acuerdo impugnado sino que tiene por finalidad simplemente eliminar la buena fe registral de un tercero que celebre algún acto jurídico con la sociedad. Esto es, el acuerdo se ejecutará pero el tercero que contrate con la sociedad lo hará a sabiendas que existe en trámite un proceso de impugnación de un acuerdo de junta, por lo que los efectos de la sentencia que recaiga en dicho proceso podrían alcanzarle”<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> **TORRES CARRASCO**, Manuel Alberto: “*El derecho de Impugnación de los Acuerdos Societarios*” en Tratado de Derecho Mercantil, Tomo I, Gaceta Jurídica Editores.

<sup>250</sup> **TORRES CARRASCO**, op. cit. p. 573

<sup>251</sup> **TORRES CARRASCO**, op. cit. p. 573

<sup>252</sup> **TORRES CARRASCO**, op. cit. p. 573. De manera referencial considero pertinente transcribir un precedente judicial que resuelve lo referido a la anotación preventiva de demanda en el caso de un acuerdo no inscrito. Así la res. 232-2001-ORLC-TR del Tribunal Registral, en el caso de la Asociación de Empleados del Ministerio de Defensa – Ejército “ ASEMDE”. La sentencia considera: “ (...) *Que, el artículo 673 del Código Procesal Civil regula la “anotación de demanda en los Registros Públicos” señalando que la medida cautelar de anotación de demanda en el registro respectivo es posible cuando la pretensión principal está referida a derechos inscritos. Que, la norma hace referencia a “derechos inscritos”, sin embargo, en el Registro de Personas Jurídicas no se inscriben derechos sino actos y situaciones jurídicas, en el mismo sentido, señala la norma citada que el registrador cumplirá la orden siempre que la medida resulte compatible con el derecho ya inscrito y añade que la anotación de la demanda no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores; al respecto, dado que en el Registro de Personas Jurídicas no se inscriben bienes, este extremo de la norma únicamente será de aplicación en los registros de bienes. Que, resulta entonces que si bien el art. 673 del Código Procesal Civil regula la anotación de demanda en los registros Públicos, sin excluir a ninguno de los Registros que los integran, algunos de los supuestos para la concesión de dicha medida solo serán aplicables en las anotaciones a realizarse en los Registros de Bienes y no en los Registros de Personas; (...) Que, tratándose de anotaciones de demanda en el registro de Personas Jurídicas sea que el acto impugnado conste inscrito o no, en ningún caso se afectan bienes de la persona*

Consideramos, pues, que la suspensión de acuerdos constituye una medida cautelar innovativa, consistiendo la innovación “justamente en provocar –antes de la emanación de la sentencia de fondo y lógicamente que esta alcance firmeza- con fines estrictamente cautelares e instrumentales esos cambios”<sup>253</sup>.

Finalmente y en cita con la que concordamos plenamente se expresa: “Además sería aconsejable que nuestra doctrina, o mejor aún, nuestra judicatura, construya una teoría propia de la nulidad y anulabilidad de los actos societarios, que se distinga de la generalidad de actos jurídicos, a fin de que sirva de soporte para edificar una coherente teoría de la impugnación de los acuerdos societarios”<sup>254</sup>.

---

*jurídica de que se trate; por lo tanto, no existe razón para entender que el presupuesto consistente en que la pretensión esté referida a derechos inscritos sea equivalente- en el registro de Personas Jurídicas-, a que la pretensión esté referida a actos inscritos.*

<sup>253</sup> **ARIANO DEHO**, Eugenia: “*Algunas reflexiones sobre la denominada “Tutela Anticipatoria” y sobre “Medidas de Satisfacción inmediata”*”, en “*Problemas del Proceso Civil*”, Jurista editores, 2003, p. 689. La autora en una interesante interpretación acerca de la identidad de la medida cautelar innovativa y la denominada medida anticipada (artículo 618 del CPC) nos explica: “Si yo pretendo frente a la violación del derecho a la imagen que cesen los actos lesivos consistentes en la publicación en fascículos de una serie de fotos referidas a mi vida privada, pues, a través de una medida cautelar puedo obtener que cese también esa conducta. Si yo pretendo el cumplimiento de las prestaciones periódicas de un contrato de suministro, podría obtener en vía cautelar tal cumplimiento. En estas situaciones innovar es anticipar y anticipar es innovar. Lo que significa que la medida cautelar atípica del art. 618 es la misma del art. 682, con la sola diferencia que para esta última se exigiría la inminencia del perjuicio, pero como ya hemos visto la inminencia es un requisito que bien entendido funciona en todos los casos que exista una potencialidad-repetitiva- de daño irreparable, con lo cual, obviamente, desaparece toda diferencia y llegamos a la conclusión que se trata de una mera duplicación de normas.”

<sup>254</sup> **TORRES CARRASCO**, op. cit. p. 580

## CAPITULO VI

### LA PRESCRIPCIÓN O LA CADUCIDAD EN LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS ASOCIATIVOS Y SOCIETARIOS

#### 6.1. JURISPRUDENCIA

##### a) CAS. N° 2566-99 - CALLAO

Lima, once de enero del dos mil.

**LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**, vista la Causa número dos mil quinientos sesentiséis-noventinueve, con el acompañado, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

#### **MATERIA DEL RECURSO:**

Don Pedro Pablo Cordero Bravo recurre en casación de la Resolución de vista de fojas setentisiete del cinco de agosto de mil novecientos noventinueve, que revoca el auto apelado copiado a fojas diez del veintiséis de agosto de mil novecientos noventiocho que declara infundada la excepción de caducidad y saneado el proceso y la existencia de una relación jurídica procesal válida y reformándola declara fundada dicha excepción, nulo todo lo actuado y por concluido el proceso.

#### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

**Por Resolución de esta Sala Casatoria del diez de noviembre de mil novecientos noventinueve se ha declarado procedente el recurso sólo por la causal de interpretación errónea del Artículo ciento cuarenticuatro del Decreto Legislativo número trescientos once, Ley General de Sociedades, al considerar la resolución de vista que la norma es determinante al fijar los treinta días de caducidad posteriormente a la inscripción registral, con el argumento que por interpretación literal y doctrinaria ese plazo es potestativo y no determinante, y sólo se aplica para los casos en que el accionista titular del derecho de impugnación no haya estado presente en la sesión y por ende no haya tenido conocimiento del acuerdo, y así mismo que hay error al considerar que el plazo de sesenta días es para acuerdos no inscribibles y que habiéndose inscrito el acuerdo, necesariamente deben aplicarse los treinta días.**

#### **CONSIDERANDO:**

Primero.- Que los plazos previstos en el Artículo ciento cuarenticuatro de la Ley General de Sociedades Decreto Legislativo número trescientos once<sup>255</sup>, son de caducidad, porque tratándose de un derecho a impugnar, el derecho resulta ínsito a la acción, y al extinguirse ésta se extingue el derecho; de tal manera que desaparece toda titularidad en el sujeto.

Segundo.- Que en el instituto de la caducidad, a diferencia de la prescripción, se aprecia el imperativo de la ley por asegurar una situación jurídica, lo que se explica por su íntima vinculación con el interés colectivo y la seguridad jurídica, por ello el Juez está facultado para aplicarla de oficio en una verdadera función de policía jurídica, superando el interés individual ya que no cabe renuncia ni pacto

---

<sup>255</sup> Que regulaba los plazos para impugnar acuerdos en la anterior Ley Societaria, hoy regulados en el artículo 142 de la actual Ley General de Sociedades (Ley 26887) mas adelante comentado. Sin embargo esta jurisprudencia también refiere al artículo 142 de la Ley vigente.

en contrario. Por esa misma razón, la caducidad se produce transcurrido el último día del plazo, aunque éste sea inhábil.

Tercero.- Que la acción de impugnación de los acuerdos de una Junta General de Accionistas tiene como finalidad invalidar aquellos que sean contrarios a la ley, se opongan al Estatuto o que lesionan en beneficio de uno o varios accionistas los intereses de la sociedad, como prescribe el Artículo ciento cuarentitrés de la Ley citada, y éstas se ejercen en los plazos señalados, que como anota el maestro Montoya Manfredi son de caducidad, “como una forma de brindar seguridad jurídica en materia societaria” (Derecho Comercial Tomo Uno, página quinientos doce, Grigley mil novecientos noventaiocho).

Cuarto.- Que en el presente caso el problema se plantea porque la Junta que se impugna se celebró el veintisiete de octubre de mil novecientos noventaiocho, y la acción se interpuso el veintiséis de diciembre siguiente, o sea dentro del plazo de sesenta días previsto en el primer párrafo del Artículo ciento cuarenticuatro, bajo examen; pero resulta que el acuerdo de la junta fue inscrito en el Registro Público el treintiuno de octubre y entonces la de vista aplica el plazo de un mes a partir de esa fecha, que se cumple mucho antes que el primero.

Quinto.- Que como se ha expresado en reiteradas ejecutorias, el ordenamiento jurídico, aunque se produzca paulatinamente, constituye un todo unitario y armónico y la interpretación de la norma se debe hacer en su contexto, esto es buscando el sentido que debe tener para armonizar orgánica y lógicamente con el ordenamiento jurídico, y la llamada intención del legislador que informa la ley, en una concepción moderna, es precisamente ésa, pues el legislador no puede tener otra intención que legislar en el marco de la Constitución, de acuerdo con los principios que informan el Derecho peruano y para el bien común.

Sexto.- Si la norma prevé un primer plazo de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo, este plazo no puede reducirse porque el acuerdo se inscribió

en el Registro Público, porque si bien la brevedad del plazo se estableció para favorecer la firmeza del acuerdo social, también se debe considerar el derecho del impugnante, y el principio de que todo plazo se establece en beneficio del deudor.

Sétimo.- Se advierte también que la norma no se ha puesto en el caso de acuerdos inscribibles, y no inscribibles, sino que se refiere al mismo acuerdo, en el caso de que éste sea inscrito, por lo que debe entenderse que el segundo plazo es adicional, y de ningún modo que suprime el primero; en todo caso la interpretación correcta es que queda subsumido en el plazo mayor.

Octavo.- Que el Artículo noventidós del Código Civil contiene una norma similar, en la que se prevén dos plazos para impugnar acuerdos sociales, uno de sesenta días a partir de la fecha del acuerdo y otro de treinta días siguientes a la fecha de la inscripción; y Marcial Rubio comentándolo considera que el segundo es un plazo adicional, “pues el interesado para interponer la acción no debe esperar a la inscripción para poder iniciarla y bien puede proceder dentro del plazo de sesenta días desde que fue adoptada” (Prescripción y Caducidad, Biblioteca para Leer el Código Civil, Universidad Católica, mil novecientos ochentinueve, página ciento dieciséis).

Noveno.- Que es distinto el caso del Artículo ciento cuarentidós de la vigente Ley General de Sociedades el que diferencia tres situaciones: a) cuando el accionista concurrió a la junta la acción de impugnación caduca a los dos meses de la fecha del acuerdo; b) si el accionista no concurrió caduca a los tres meses; y c) tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción; por estos fundamentos; declararon FUNDADO el Recurso interpuesto a fojas ochenticuatro, NULA la Resolución de vista y actuando en sede de instancia, confirmaron la apelada que declara INFUNDADA la excepción de caducidad; con lo demás que contiene, DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por Pedro Pablo Cordero Bravo con El

Pacífico Agencia de Aduanas Sociedad Anónima otros sobre impugnación de acuerdo de junta general; y los devolvieron.

SS. URRELLO A.; SÁNCHEZ PALACIOS P.;

**ECHEVARRÍA A.; DEZA P.; CÁCERES B.**

b). “ *Las acciones impugnatorias que violen las disposiciones legales o estatutarias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo. Que este plazo es uno de **caducidad** y funciona para el caso de autos aun cuando la nulidad demandada se funde en las del acto jurídico previstas en los incisos seis y siete del artículo 219 del Código Civil*” ( **Exp. N° 1095-95, Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia Civil, tomo I, p. 33**).

c). “ *El segundo párrafo del artículo 92 del Código Civil señala que las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo; en este sentido, el justiciable asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias de la asociación dentro del plazo antes señalado; derecho que **caduca** cuando transcurre el tiempo sin que accione, produciéndose la **caducidad del derecho**” ( **Cas. N° 1390-96-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 14/05/98, p. 1030**).*

d). “ *El artículo noventa y dos del Código Civil contiene una norma en la que se prevén dos plazos para impugnar acuerdos sociales, uno de sesenta días a partir de la fecha del acuerdo y otro de treinta días siguientes a la fecha de la inscripción; el segundo es un plazo adicional, pues el interesado para interponer la acción no debe esperar la inscripción para poder iniciarla y bien puede proceder*

*dentro del plazo de sesenta días desde que fue adoptada “ ( Cas. N° 25666-99 del 11/01/2000. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).<sup>256</sup>*

## **6.1. COMENTARIO E INTRODUCCIÓN AL TEMA**

Dentro de la provincia de la Impugnación y la Nulidad de Acuerdos asociativos y societarios, regulados en nuestro Código Civil (artículo 92) y nuestra Ley General de Sociedades (artículos 38, 142 y 150) constituye un referente importante el correspondiente al plazo para interponer las acciones impugnatorias o de nulidad de acuerdos sociales. Asimismo es un imperativo práctico comprender si nos encontramos ante un plazo de caducidad o de prescripción a fin de ejercer el derecho de acción a impugnar los acuerdos que consideramos deben ser revocados por encontrarse dentro de las causales referidas en nuestra legislación civil o societaria. Este no es un tema que solamente sea “incentivador” desde el punto de vista doctrinal sino que tiene evidentemente implicancias prácticas en el desenvolvimiento de la institución de la impugnación de acuerdos emanados de Personas Jurídicas en las que estas incertidumbres de carácter legal se presentan, por lo que conviene tener el panorama jurídico lo mas claro posible a fin de dar respuestas coherentes a las interrogantes que se nos plantean. Con el objeto de dar una respuesta a estas preguntas que se nos presentan a través de las resoluciones judiciales transcritas precedentemente, abordaremos el problema desde la perspectiva del desarrollo histórico de las instituciones así como analizando la naturaleza jurídica de las mismas diferenciándolas para poder definir si en materia de nulidad o impugnación de acuerdos nos encontramos ante situación de prescripción o de caducidad independientemente del criterio que el legislador, al menos en materia societaria, ya ha adoptado.

## **6.2. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD**

---

<sup>256</sup> Las jurisprudencias Números 2,3 y 4 han sido tomadas de “ Código Civil comentado” Tomo I . Título Preliminar, Derecho de las Personas y Acto Jurídico. Gaceta Jurídica. Páginas 452-454.

Como el tema que nos ocupa se refiere a efectos desfavorables en determinadas situaciones jurídicas subjetivas, sin duda al hablar de prescripción debemos referirnos a la denominada prescripción extintiva. En efecto, la denominada prescripción adquisitiva actúa básicamente en el campo de los derechos reales (modo de adquisición de la propiedad: Art. 950 y ss. del C. C) y se constituye en una institución independiente de la primera<sup>257</sup>.

Históricamente la prescripción adquisitiva (llamada también *usucapión*) es anterior a la extintiva (también llamada liberatoria). Así es, según un autorizado autor<sup>258</sup> la *usucapio* (de *usu capear* que significa adquirir por el uso) apareció en Roma como un modo de adquirir la propiedad de las cosas por una posesión suficientemente prolongada, siendo necesario para usucapir apoderarse de la cosa y hacer uso de la misma. Sobre este punto Juan IGLESIAS señala:

“*Usucapio* es la adquisición del dominio por la posesión-*usus*- continuada de una cosa durante un cierto tiempo. En las épocas antigua y clásica, esta institución responde a la necesidad de convertir al propietario a quien no es tal, sea porque el transmitente carece de derecho, sea porque no se ha observado la forma requerida para la transmisión. Desaparecida luego la distinción entre adquisiciones formales y no formales la *usucapio* tiene por fin único el de transformar en verdadera la situación jurídica aparente del que adquiere de buena fe a *non domino*”<sup>259</sup>.

Bastante tiempo después, según indica Eugen PETIT, luego de haberse fijado plenamente por los jurisconsultos romanos las condiciones necesarias para la usucapión, apareció otra institución destinada a proteger a los poseedores de los fundos, para los cuales no se aplicaba la usucapión y que era la *praescriptio longi*

---

<sup>257</sup> Se sostiene, con razón, que de ninguna manera pueden reunirse ambos fenómenos en una sola definición. De modo que cualquier análisis que busque tratarlos de manera conjunta sería “impertinente”. Así: Umberto BRECCIA, Lina BIGLIAZZI GERI, Ugo NATOLI y Francesco Donato BUSNELLI. *Derecho Civil*. T. I. V. I. Traducción de la edición italiana de Fernando HINESTROSA. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995. p. 488.

<sup>258</sup> Eugen PETIT. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editora Selectas. México D. F. 1982. p. 265.

<sup>259</sup> Juan IGLESIAS. *Derecho Romano*. Ariel. Barcelona. 1979. p. 290.

*temporis* que en buena cuenta permitía al poseedor rechazar la *actio in rem* que se pretendiera hacer valer contra él cuando su posesión venía de largo tiempo y que, por eso, el poseedor adquiriría la propiedad frente al no uso por el propietario que vería extinguirse su derecho<sup>260</sup>.

Asimismo se afirma que “La prescripción extintiva de las acciones tiene primeros reconocimientos en la época imperial, a través de la *longi temporis praescriptio*, concedida al poseedor de buena fe y justo título de terreno providencial, frente a la inacción del dueño durante 10 años entre presentes y veinte entre ausentes”<sup>261</sup>.

El transcurso del tiempo para la consolidación de un derecho determinó que en el mismo Derecho Romano se hiciera necesario precisar la duración de la posesión para hacer procedente la *usucapio*, esto es, la adquisición del derecho. Fue así como apareció la prescripción treintañal y que se fueran fijando plazos prescriptorios según la naturaleza de las acciones a las cuales fueran oponibles la *praescriptio temporis* o excepción de prescripción<sup>262</sup>.

En nuestro medio, Augusto FERRERO ha seguido la pista del desarrollo histórico de la prescripción desde el Derecho Romano hasta la entrada en vigencia del Code Napoleónico, señalando que en los periodos finales del imperio Romano de occidente, se establecieron los distintos plazos prescriptorios para las acciones como respuesta a la necesidad ya mencionada. Por ejemplo, TEODOSIO II dispuso un plazo de 30 años permitiéndose al poseedor de mala fe y sin justo título cesar en su exposición a la *rei vindicatio* del propietario, ANASTASIO estableció 40 años para todas aquellas acciones que no tuviesen plazo prescriptorio definido. Posteriormente, en la edad media, los glosadores entendieron que la voz *praescriptio* tenía por objeto designar la pérdida o

---

<sup>260</sup> Eugen PETIT. op. cit. p. 272.

<sup>261</sup> Juan IGLESIAS. op. cit. p. 191.

<sup>262</sup> Fernando VIDAL RAMIREZ. *Comentario al artículo 1989*. En: Código Civil Comentado. T. X. Gaceta Jurídica. Lima. 2005. p. 253.

adquisición de los derechos por el transcurso del tiempo y colocaron bajo este concepto la usucapión y la prescripción<sup>263</sup>.

Esta concepción de los glosadores se mantuvo vigente durante varios siglos y fue trasladada al *code* de 1804 y de éste a los códigos sobre los cuales ejerció influencia, entre ellos el peruano de 1852<sup>264</sup>.

Sobre la Caducidad también se afirma que tiene un origen romano. En efecto, esta institución se remonta a las llamadas *Lex Caducarias* (dadas durante el gobierno de Augusto): la *lex Julia de maritandis ordinibus* y la *lex Papia Poppaea*, complementaria de la anterior. Estas leyes imponían a los célibes y a los casados que no tuviesen descendencia, la privación de las liberalidades que les fueran dejadas en un testamento, a los primeros, y una caducidad de la mitad, a los segundos; y en los 100 días siguientes al fallecimiento del testador, de no haber contraído matrimonio o haber procreado, las liberalidades quedaban sin efecto, caducaban. Estas leyes, pues, alentaban el matrimonio y la procreación de hijos legítimos<sup>265</sup>.

Señala Fernando Vidal que "(...) el origen de la caducidad explica que se utilice la expresión como indicativa de la pérdida de un derecho y que con esta acepción la recoja el Diccionario de la Lengua Española. El vocablo viene del verbo latino *cadere*, que significa caer, y, en su significado jurídico, es una sanción que hace perder o impide nacer un derecho, o, la decadencia o pérdida de un derecho porque no se ejercita, dentro de un plazo establecido por la ley, la acción necesaria para su preservación. Con uno u otro significado, la caducidad, como institución jurídica ha sido acogida por la codificación civil moderna,

---

<sup>263</sup> Augusto FERRERO COSTA. *La Prescripción extintiva*. Tesis Doctoral. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 1974. p. 16. Citado por Fernando VIDAL RAMIREZ. *La Prescripción y la Caducidad*. Cultural Cuzco. Lima. 1988. p. 94.

<sup>264</sup> Fernando VIDAL RAMIREZ. *ult. cit.*

<sup>265</sup> Sobre las *Leyes Caducarias* ver: Eugen PETIT. *op. cit.* p. 572 y 573.

vinculándosele al transcurso del tiempo y, por ello, confundiéndosele con la prescripción extintiva”<sup>266</sup>.

**Efectivamente teniendo en consideración que es común a la prescripción y a la caducidad el transcurso del paso del tiempo así como los efectos para la pérdida o adquisición de un derecho es que siempre se ha dado la confusión entre estas dos figuras jurídicas cuyo derrotero histórico nos da los primeros elementos diferenciadores y que en las líneas siguientes pasamos a desarrollar con mayor amplitud.**

### **6.3. DESARROLLO DOCTRINAL DE LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD EN NUESTRO MEDIO**

Acabada esta breve referencia histórica, que es importante porque ayuda a esclarecer los conceptos involucrados<sup>267</sup>, pasemos a las teorías sobre la prescripción y la caducidad.

La primera teoría (concepción unitaria) tiene como premisa el hecho de que la prescripción extintiva y la caducidad son dos aspectos distintos de una misma institución. Este planteamiento es el recogido por el *code*, el cual no establece distinción alguna. Sobre el particular dice Marcial Rubio: “En la historia del Derecho, no ha existido un concepto claro sobre la prescripción extintiva, principalmente, en cuanto atañe a su diferencia con la caducidad”<sup>268</sup>.

Roca Sastre citado por Puig Brutau en su famoso texto sobre Caducidad y Prescripción extintiva ha escrito: “ En la caducidad, la ley o las partes establecen: tal derecho sólo tendrá una duración de tantos días o años a contar de determinada fecha; en la prescripción la ley dice: tal derecho subsistirá mientras

---

<sup>266</sup> Fernando VIDAL RAMIREZ. op. cit. p. 198.

<sup>267</sup> Fernando VIDAL RAMIREZ. op. cit. p. 197: “(...) para delimitar los conceptos adecuadamente, es imprescindible partir de su origen histórico”.

<sup>268</sup> Marcial RUBIO CORREA. Prescripción y Caducidad. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil. Fondo Editorial de la PUCP. Lima. 1997. p. 25.

no se produzca el hecho de no ejecutarlo o de permanecer inactivo durante tantos años o días. La caducidad es un hecho simple, de fácil comprobación y puro automatismo; por eso no requiere *litis* y todo funcionario puede declarar que la misma se ha producido. No así la prescripción, pues ésta es un hecho complejo, dados sus problemas de cómputo, interrupción, etc.“<sup>269</sup>

Por su parte, Fernando Vidal precisa que: “La doctrina ha prestado poca atención a la Caducidad y la codificación civil no ha aliviado su tratamiento, habiéndosele confundido con la prescripción y, es más, subsumido sus plazos dentro de los de ésta”<sup>270</sup>.

Como dijimos precedentemente entre la caducidad y la prescripción extintiva existe una afinidad que “se sustenta en el transcurso del tiempo y, por eso, por largo tiempo, en la doctrina y en la codificación se les confundía, entendiéndose a la primera como una forma de la segunda”<sup>271</sup>. El mismo Fernando Vidal ha resaltado este dato recientemente al manifestar que “La caducidad, como la prescripción extintiva, produce su efecto por el mero transcurso del tiempo y ello era lo que producía la confusión”<sup>272</sup>.

La situación de las instituciones tratadas en el código vigente es descrita, con claridad pedagógica por Marcial Rubio, quien señala:

“El derecho civil, y nuestro código vigente, contienen dos conceptos distintos denominados como *prescripción*, y otros dos conceptos nombrados bajo la palabra *caducidad* (...). Prescripciones y caducidades tienen, todas, un factor común: están referidas a ciertos efectos que, en el Derecho, produce el transcurso del tiempo. Sin embargo, los efectos son distintos en cada uno de los cuatro casos.

---

<sup>269</sup> José PUIG BRUTAU, “*Caducidad y Prescripción extintiva*”. BOSCH, Casa Editorial, Barcelona, 1986, p. 8, citando a Ramón M. Roca sastre y Luis Roca – Sastre Muncunill, *Derecho Hipotecario*, séptima edición, Barcelona, 1979, tomo IV-2 pág. 1.216.

<sup>270</sup> Fernando VIDAL RAMIREZ. op. cit. p. 197.

<sup>271</sup> Ibid. p. 203.

<sup>272</sup> Fernando VIDAL RAMIREZ. Comentario al artículo 2003. En: Código Civil comentado. cit. p. 341.

Las prescripciones se dividen en adquisitiva y extintiva. La prescripción adquisitiva es un modo de adquisición de la propiedad en el que confluyen dos factores determinantes: el transcurso de un cierto lapso, y la existencia de una determinada calidad de posesión sobre el bien materia del caso (...). La prescripción extintiva es una institución jurídica según la cual, el transcurso de un determinado lapso extingue la acción que el sujeto tiene, para exigir un derecho ante los tribunales. Consustancial a la prescripción extintiva es la despreocupación del sujeto para exigir su derecho durante el lapso mencionado. De esta manera, la diferencia fundamental entre las dos prescripciones consiste en que la adquisitiva permite adquirir la propiedad sobre un bien; en tanto que la extintiva hace desaparecer la acción que respalda al derecho que se tiene (...). En lo que se refiere a la caducidad, ella tiene dos variantes: existe la que se refiere a instituciones y actos; y la que se refiere a acciones y derechos.

La caducidad de instituciones y actos, consiste en la extinción de este tipo de figuras jurídicas. Así, en el Código Civil peruano se dice que caducan los poderes (art. 264)<sup>273</sup>; los testamentos (arts. 715-720)<sup>274</sup>; la oferta (art.1385)<sup>275</sup>; la facultad

---

<sup>273</sup> **Artículo 264.-** El matrimonio puede contraerse por apoderado especialmente autorizado por escritura pública, con identificación de la persona con quien ha de celebrarse, bajo sanción de nulidad. Es indispensable la presencia de esta última en el acto de celebración. El matrimonio es nulo si el poderdante revoca el poder o deviene incapaz antes de la celebración, aun cuando el apoderado ignore tales hechos. Para que surta efecto la revocatoria debe notificarse al apoderado y al otro contrayente. El poder **caduca** a los seis meses de otorgado”

<sup>274</sup> **Artículo 715.-** El Testamento Militar **caduca** a los tres meses desde que el testador deje de estar en campaña y llegue a un lugar del territorio nacional donde sea posible otorgar testamento en las formas ordinarias. El plazo de caducidad se computa a partir de la fecha del documento oficial que autoriza el retorno del testador sin perjuicio del término de la distancia. Si el testador muere antes del plazo señalado para la caducidad, sus presuntos herederos y legatarios pedirán ante el juez en cuyo poder se encuentre el testamento su comprobación judicial y protocolización notarial, conforme a las disposiciones de los artículos 707, segundo párrafo a 711. Si el testamento otorgado en las circunstancias a que se refiere el artículo 712 tuviera los requisitos del testamento ológrafo, caduca al año de la muerte del testador.

**Artículo 720.-** El testamento marítimo **caduca** a los tres meses de haber desembarcado definitivamente el testador. Si muere antes del vencimiento de este plazo, sus presuntos herederos y legatarios pedirán al juez en cuyo poder se encuentre, su comprobación judicial y protocolización notarial, conforme a las disposiciones de los artículos 707, segundo párrafo, a 711. Si el testamento otorgado en las circunstancias a que se refiere el artículo 716 tuviera los requisitos del testamento ológrafo, caduca al año de la muerte del testador.

<sup>275</sup> **Artículo 1385.-** La oferta **caduca**:

1. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.

de revocar donaciones (art. 1639)<sup>276</sup>; el crédito del hospedante dentro del contrato de hospedaje (art. 1725)<sup>277</sup>; y, el plazo para que el comitente comunique al contratista las diversidades o vicios de la obra sometida al contrato de obra (art. 1783)<sup>278</sup>.

A su lado, existe la caducidad simultánea de acciones y derechos, señalada en el artículo 2003 del Código Civil: “La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente”<sup>279</sup>.

Este mismo autor señala más adelante las siguientes ideas que nos sirven para identificar su concepción sobre la **prescripción extintiva**, indicando al respecto:

“(...) el artículo 1989 del Código Civil establece que la prescripción es una institución jurídica que, mediante el transcurso del tiempo, extingue la acción, dejando subsistente el derecho que le sirve de base. Ello nos lleva a discutir los conceptos de acción y de derecho (...). Tal como queda configurado en el artículo 1989, el *derecho* es lo que en doctrina se denomina *derecho subjetivo*, al que se define de muchísimas maneras pero que, en esencia, es la potestad o atribución que se encarna en una persona, a partir de un texto normativo, para perseguir legítimamente su interés o beneficio.”<sup>280</sup>

2. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste.
3. Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con ésta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

<sup>276</sup> **Artículo 1639.-** “La facultad de revocar la donación caduca a los seis meses desde que sobrevino alguna de las causas del artículo 1637.” ( causas de indignidad y desheredación)

<sup>277</sup> **Artículo 1725.-** El crédito del hospedante **caduca** a los seis meses contados a partir del momento de la terminación del contrato.

<sup>278</sup> **Artículo 1783.-** El comitente puede solicitar a su elección, que las diversidades o los vicios de la obra se eliminen a costa del contratista, o bien que la retribución sea disminuida proporcionalmente, sin perjuicio del resarcimiento del daño. Si las diversidades o los vicios son tales que hagan inútil la obra para la finalidad convenida, el comitente puede pedir la resolución del contrato y la indemnización por los daños y perjuicios. El comitente debe comunicar al contratista las diversidades o los vicios dentro de los sesenta días de recepcionada la obra. Este plazo es de **caducidad**. La acción conra el contratista prescribe al año de construida la obra.

<sup>279</sup> Marcial RUBIO CORREA. op. cit. p. 15 y ss.

<sup>280</sup> Marcial RUBIO explica que “Salvo ciertas excepciones específicamente establecidas en la legislación (como por ejemplo la no exigibilidad por acción de las deudas de juego y apuesta no autorizados ni

El concepto de acción ha recibido diversas definiciones. Para el autor en mención la acción es la atribución que tienen las personas de recurrir ante los tribunales para que, poniéndose en movimiento la maquinaria de administración de justicia, se les reconozca o se mande hacer efectivo su derecho”<sup>281</sup>. En este sentido Rubio manifiesta que “(...) la prescripción de que tratamos, tiene como efecto directo la generación de obligaciones naturales, es decir, de derechos subjetivos desprovistos de acción, pero que aún conservan un mínimo respaldo “pasivo” del Estado<sup>282</sup>.

En España la diferencia entre prescripción extintiva y caducidad se consolida a partir de la obra de Alas, de Buen y Ramos, *De la prescripción extintiva*, publicada en Madrid allá por 1918<sup>283</sup>. Siguiendo a autores alemanes e italianos, establecen claramente la diferencia. En la caducidad el tiempo fija el principio y fin del derecho. “Tanto tiempo, tanto derecho”, se dice en alemán (*wie viel Frist, so viel Recht*)<sup>284</sup>. En el derecho español la jurisprudencia había abordado con claridad meridiana lo referente a la distinción entre prescripción y caducidad ya desde la década de los años 50 del siglo precedente. Así por ejemplo, La Sala Primera del Tribunal Supremo ha sido clara y reiterativa a través de sus pronunciamientos, como la sentencia de 25 de septiembre de 1950 (Aranzadi, número 1.406)<sup>285</sup> que declaró que la prescripción descansa en la necesidad de poner término a la incertidumbre de los derechos y en la presunción de abandono por parte del titular, al paso que la caducidad “se funda exclusivamente en la necesidad de dar

---

prohibidos de que habla el artículo 1943 del mismo Código), a todo derecho subjetivo acompaña el derecho de acción.” op. cit. p. 27

<sup>281</sup> Ibid. p. 26 y 27.

<sup>282</sup> Ibid. p. 28. Este respaldo “pasivo” es explicado por el autor de la forma siguiente:

“(…) existe también un respaldo pasivo del Estado, y consiste en que si bien en ciertos casos no se otorga la acción al derecho subjetivo, sí se protege al acreedor frente al cual el deudor cumple con su obligación. tales son, a manera de ejemplo, los preceptos contenidos en los artículo 1725 y segundo párrafo del artículo 1943, en los que establecen que no hay lugar a repetición (es decir, devolución), cuando se paga una deuda prescrita, o cuando se paga una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados.”

<sup>283</sup> Leopoldo Alas, Demófilo de Buen y Enrique E. Ramos, *De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918.

<sup>284</sup> Citado por PUIG BRUTAU op. cit. p. 8.

<sup>285</sup> Citada por PUIG BRUTAU, op. cit. p. 8

seguridad al tráfico jurídico y opera por el mero transcurso del tiempo, siendo la prescripción estimable sólo a instancia de parte y la caducidad también de oficio por el Tribunal, susceptible la prescripción de interrupción por actos del que por ella puede resultar perjudicado, al paso que la caducidad no admite en ningún caso la interrupción del tiempo cuyo simple transcurso la origina<sup>286</sup>. En opinión con la que concordamos el destacado jurista citado<sup>287</sup> concluye resumiendo que “ los conceptos de caducidad y prescripción se distinguen profundamente, pues el primero responde a una situación temporalmente delimitada de antemano, de manera que se sabe cuando se iniciará y al propio tiempo cuando terminará, mientras que la prescripción afecta derechos que , en principio, no tiene una limitación temporal, pero con la posibilidad de que el transcurso de un período suficiente para su normal ejercicio permita al obligado considerarse liberado de tener que realizar necesariamente su prestación”.

El maestro sanmarquino José León Barandiarán en torno al tema ha señalado que “El no ejercicio de la acción extingue ésta. La ley señala los términos dentro de los cuales las acciones deben ejercitarse para que no perezcan. El transcurso del

---

<sup>286</sup> Así también es importante destacar la sentencia del 22 de diciembre 1950 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Núm. 1.846) : “ En la prescripción extintiva a diferencia de lo que ocurre en la caducidad de derechos, acciones o exigencias, el factor tiempo señalado por la ley puede ser detenido en su marcha, tendente a la extinción de relaciones jurídicas, si median determinados actos obstativos al designio prescriptivo, que no siempre producen los mismos efectos, pues unas veces suspenden el curso del plazo liberatorio- *praescriptio dormit* - sin anular el transcurrido anteriormente, el cual será unido, en el computo del plazo prescriptivo al que transcurra después de cesar la causa de la suspensión, y otras veces no solo paralizan el curso del plazo mientras dicha causa actúa , sino que interrumpen en sentido jurídico o invalidad el tiempo pasado anterior , comenzando a correr de nuevo la prescripción al cesar el acto obstativo, como si hasta este momento no hubiera existido la inactividad, silencio o no ejercicio del derecho que , por razones de interés social , no avenido con una prolongada incertidumbre jurídica, constituye el fundamento de la prescripción” (citado por Puig Brutau, op.cit. p. 9). Con suma claridad la sentencia del 5 de julio de 1957 (RJA, núm. 2.554) expresa: “ Cuando se otorga un tiempo determinado para su ejercicio, se está ante la presencia de un plazo de caducidad, pasado el cual el derecho de que se trata ha dejado de existir, debiendo ser tomado en cuenta por el juzgador aun cuando sólo se desprenda su transcurso de los hechos que el actor expresa, pus de oficio ha de ser acordada; mientras que por el contrario la prescripción hace referencia tan sólo a las pretensiones que las partes pueden deducir, no a los derechos que les afectan, quedando éstos sólo paralizados mediante la excepción que se promueve, excepción que solo cabe admitir cuando por la parte expresamente se articula; respondiendo aquélla, la primera, a la necesidad de dar seguridades al tráfico jurídico, y estando la segunda, la prescripción, fundada en la conveniencia de poner término a la incertidumbre de los derechos, entendiéndolos abandonados cuando su titular no los ejercita” (citada por Puig Brutau, p. 10)

<sup>287</sup> PUIG BRUTAU, op. cit. p. 11

tiempo señalado por la ley y la inacción del acreedor constituyen, pues, las condiciones para que se produzca la prescripción de acción (...).

La inercia del pretensor hace fenecer el derecho que a reclamar tenía. Por regla, todos los derechos patrimoniales son, así, susceptibles de prescripción. Éste tiene lugar, pues, tratándose de derechos crediticios o de derechos reales. No funciona tratándose de derechos relativos al estado de las personas, ni a los de familia, por regla general<sup>288</sup>. Más adelante acota que: “La prescripción funciona específicamente contra la pretensión del acreedor de un derecho. La prescripción paraliza esta pretensión; pero ello no significa en puridad de principio, que destruye el derecho mismo. Esto se comprueba, pues aun prescrita la acción, el derecho puede suscitar efectos jurídicos: pago con no repetición, reconocimiento de la obligación, constitución de una seguridad, novación”<sup>289</sup>.

Sobre el interés público o privado de la prescripción Marcial Rubio, en opinión que compartimos, muestra su discrepancia sobre aquellas opiniones que identifican a la prescripción con una finalidad de interés público, expresando que “ (...)el debate que la doctrina ha planteado entre un interés público frente al transcurso del plazo de prescripción (hasta que ella es ganada), y luego la existencia de un interés individual (que puede o no alegar la prescripción), es equivocado en su fundamento. Dentro de la prescripción coexisten siempre un interés público en el sentido de que las acciones tengan un término final (salvo las imprescriptibles), y el interés individual de beneficiarse primero con la no interrupción del plazo por acto propio unilateral y, luego, el interés individual de alegar la prescripción lograda. Estos dos intereses (público y particular) siempre coexisten, y, en

---

<sup>288</sup> José LEÓN BARANDIARAN. Tratado de Derecho Civil. T. VIII. WG Editor. Lima. 1992. p.81.

<sup>289</sup> Ibid. p. 82. Es interesante destacar dos ideas más del maestro: “El efecto de la prescripción es hacer inexigible la obligación. Es por eso, un medio extintivo de las obligaciones. Esto es lo característico de la figura. No es pertinente, pues, ver en ella un elemento presuntivo de liberación del deudor por causa distinta, como por ejemplo por pago efectuado por el deudor, por remisión de la deuda, o cualquier otro motivo presuntivo”. “Si la prescripción sólo otorga al deudor un medio defensivo para oponerse a la exigencia del acreedor, pero no es una causa destructiva del derecho mismo de éste, la obligación prescrita queda en la condición de una natural, y de aquí que no puede repetirse lo pagado en virtud de una obligación prescrita”. p.85.

cualquier momento, el interés individual puede ser renunciado, bien interrumpiendo el plazo que corre, bien no alegando la prescripción obtenida.”<sup>290</sup>

Sobre la **Caducidad** “(...) interesa destacar que mientras la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo (artículo 1989) la caducidad extingue ambos. Esto quiere decir que, producida la caducidad, no queda una obligación natural subsistente”<sup>291</sup>.

Retornando a la prescripción extintiva en el código vigente señala Fernando Vidal Ramírez, ponente del Libro de Prescripción y caducidad del Código Civil de 1984<sup>292</sup> en su libro “ Prescripción y Caducidad” que “ (...) si bien la norma contenida en el Art. 1989 no tiene antecedentes en el Código anterior, ni ha sido recogida de la ponencia de la que fuimos autores y que la Comisión Reformadora del Código de 1936 hizo suya, en nuestra Exposición de Motivos dejamos expresado que manteníamos la adhesión a la doctrina informante del Código de 1936, en cuanto distinguía la acción del derecho, pues lo que prescribe es la acción y no el derecho. Además, al trazar el distingo con la caducidad, enfatizamos que en la prescripción se extingue la acción sin extinguirse el derecho, posición que ya hemos explicitado al considerar a la acción como el derecho a la jurisdicción. De este modo, si el transcurso del tiempo necesario para prescribir hace perecer la acción, tal perecimiento no afecta la existencia del derecho pues sobrevive a la acción (...)”<sup>293</sup>.

---

<sup>290</sup> Marcial RUBIO, op. cit. p. 34

<sup>291</sup> Ibid. p. 75.

<sup>292</sup> Código Civil Vol. VI. Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Compiladora. Delia Revoredo de Debakey, pp. 809-825.

<sup>293</sup> Fernando VIDAL RAMIREZ. op. cit. (1988). p. 98. En esta misma obra reafirmando, posteriormente señala que “En el Código Civil vigente la norma del Art. 1989 (...) distingue la acción del derecho, concibiéndose a la acción como el ejercicio del derecho ante el aparato jurisdiccional del Estado- y ésta es la que prescribe- y no la acción como pretensión que, como tal, está incorporada indesligablemente a un derecho subjetivo y dependiente de él, es decir, no entendiendo la acción como derecho subjetivo mismo, sino como un derecho subjetivo de naturaleza pública. De ahí que el Código, como el de 1936, reconozca la existencia de derechos desprovistos de acción, como son los que resultan de relaciones jurídicas derivadas del juego y la apuesta no autorizados (Art. 1943) y prohibidos (Art. 1944)”

Recientemente el Dr. Vidal ha vuelto a comentar el artículo 1989<sup>294</sup>, incorporando algunos otros conceptos a su desarrollo conceptual, como el de pretensión señalando en virtud al artículo señalado que: “La norma no tiene antecedente en nuestra codificación civil y postula la distinción de la acción del derecho, al preceptuar que no es este el que prescribe sino la acción. De este modo, el vigente Código ha adoptado un postulado que debe interpretarse en el sentido de que lo que prescribe es la acción, pero entendida como la pretensión mediante la cual se ejercita el derecho para alcanzar su tutela jurisdiccional.

La interpretación del postulado no debe estar referida, pues, a la acción entendida como derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales, ya que careciéndose de derecho sustantivo o material puede plantearse una pretensión aunque posteriormente sea declarada infundada, o que existiendo un derecho sustantivo o material, a la pretensión se le oponga la prescripción y esta sea declarada fundada en razón del tiempo transcurrido desde que se podía ejercitar la correspondiente acción. La prescripción es (...) una excepción oponible a la pretensión para enervarla o neutralizarla. Por eso es acertada la doctrina que ve en la prescripción no una causa de extinción de la pretensión, sino el fundamento de un medio de defensa, como es la excepción.”

Esta rectificación del cómo debe entenderse la acción sujeta a la prescripción, es decir en su calidad de pretensión y no de acción como derecho subjetivo abstracto, guarda concordancia con las modernas doctrinas sobre la acción plasmadas ya desde el desarrollo del Derecho Procesal como ciencia autónoma e independiente del derecho sustantivo. Efectivamente, consideramos que es oportuna la variación del Dr. Vidal con respecto a su tesis original pues la Acción como tal es un derecho subjetivo, abstracto y por tanto no sujeto a prescripción; en cambio la pretensión entendida como la potestad del ejercicio del derecho de acción aplicada a un caso concreto para alcanzar precisamente esa tutelabilidad

---

<sup>294</sup> Fernando VIDAL RAMIREZ. Comentario al artículo 1989. En: Código Civil Comentado T. X. Gaceta Jurídica. Lima. 2005. p. 255

del Estado a través del órgano jurisdiccional sí está sujeta a plazo prescriptorio predeterminado en la Ley.

Asimismo es importante la delimitación del ámbito de aplicación de la prescripción, ya que ésta opera en el ámbito de las pretensiones de naturaleza patrimonial y contra los titulares de tales derechos, sean reales o crediticios o de cualquier otra clase en tanto tengan naturaleza patrimonial. Asimismo el ámbito de aplicación de la prescripción queda delimitado por todas aquellas pretensiones susceptibles de prescribir y para cuyas acciones la ley ha establecido un plazo para su ejercicio<sup>295</sup>.

Sobre el carácter de la prescripción extintiva como un mecanismo de defensa primordialmente, Eugenia Ariano lo ha desarrollado con prolijidad, señalando:

“(...) el artículo 1989, siguiendo una larga tradición, ha establecido que el objeto de la extinción por prescripción es la acción y no (directamente) la relación jurídica sustancial”, queriéndose evidenciar que el fenómeno prescriptorio opera, en definitiva, privando de concreta *tutelabilidad* a aquellas situaciones jurídicas subjetivas sustanciales que han permanecido inactuadas durante un tiempo <sup>296</sup>. La misma autora resalta las “fases” del fenómeno prescriptorio<sup>297</sup>:

a) preliminar: va desde el surgimiento de la relación jurídica (y de las consecuentes situaciones jurídicas subjetivas: activas o de ventaja, y pasivas o de desventaja) hasta el vencimiento del periodo de tiempo señalado por ley.

b) constitutiva: se perfecciona el fenómeno prescriptorio por el actuar de quien se beneficia con él.

---

<sup>295</sup> Fernando VIDAL RAMIREZ. Ibid. p. 255

<sup>296</sup> Eugenia ARIANO DEHO. Comentario al artículo 1990. En: Código Civil Comentado. cit. p. 258.

<sup>297</sup> Cf. Ibid. p. 259.

Ahora bien, Fernando Vidal, en cuanto a la **caducidad**, afirma que “la concepción de la caducidad como figura jurídica autónoma e independiente de la prescripción se ha dado recién con la moderna doctrina”<sup>298</sup>.

Más adelante, el mismo autor resalta el hecho de que “lo característico de la caducidad es que la acción emana del derecho-aunque deba interpolarse la pretensión-, el que tiene un plazo de vigencia predeterminado en la ley, ya que nace con un plazo prefijado. Si el plazo transcurre, el derecho no puede ser ejercitado y el titular lo pierde, pues se trata de pretensiones cuyo término esta señalado en un término preciso”<sup>299</sup>.

Este mismo autor, al comentar recientemente el artículo 2003 del Código Civil, ha manifestado: “Como puede apreciarse, la norma precisa que la caducidad, al extinguir el derecho, extingue también la acción que genera o, para mayor claridad, la pretensión que ha debido hacerse valer dentro del plazo prefijado por la ley”<sup>300</sup>.

#### **6.4. LA PRESCRIPCIÓN O LA CADUCIDAD EN MATERIA DE IMPUGNACIÓN Y NULIDAD DE ACUERDOS EN NUESTRA LEGISLACIÓN CIVIL Y SOCIETARIA**

En nuestro ordenamiento civil el plazo para impugnar los acuerdos se encuentra previsto en el artículo 92 del Código Civil, el que señala:

“ Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias. **Las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo.** Pueden ser interpuestas por los asistentes si hubieran dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo, por los asociados no concurrentes y por los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto.

---

<sup>298</sup> Fernando VIDAL RAMIREZ. op. cit (1988). p. 197.

<sup>299</sup> Ibid. p. 202.

<sup>300</sup> Fernando VIDAL RAMIREZ. Comentario al artículo 2003. En: Código Civil Comentado. cit. p. 342.

Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar.

Cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su cota para defender la validez del acuerdo. La impugnación se demanda ante el Juez Civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado”.

Sobre el plazo para impugnar el acuerdo y su naturaleza casi no se ha pronunciado la doctrina, quizás considerando que nos encontramos antes situaciones de índole procesal. Sin embargo en un reciente comentario a este artículo, Mariella Aldana Durán<sup>301</sup>, Presidenta de la Segunda Sala del Tribunal Registral expresa:

“ - Se puede entender que el plazo señalado en el segundo párrafo es aplicable a todos los acuerdos, sean inscribibles o no, añadiendo el tercer párrafo una limitación a dicho plazo en el supuesto que el acuerdo se inscriba. De manera que para los acuerdos inscribibles –incluso cuando el acuerdo aun o se ha inscrito- , si transcurren sesenta días desde la adopción del acuerdo, el plazo habrá vencido. Asimismo, aun cuando no hayan transcurrido sesenta días desde la fecha en que se adoptó el acuerdo, el plazo vencerá si el acuerdo se inscribe y transcurren treinta días.

- Puede también interpretarse que la norma ha señalado plazos distintos, según se trate de acuerdos inscribibles o no: el plazo de sesenta días desde la fecha de adopción del acuerdo para aquellos no inscribibles, y el plazo de treinta días desde la inscripción para los acuerdos inscribibles”

Consideramos relevantes las dos interpretaciones antes transcritas en virtud a la importancia de determinar los plazos en que se puede impugnar los acuerdos sean estos inscribibles o no. Para lo cual adelanto que mi opinión se adecua a la primera interpretación efectuada por Aldana Durán ya que el plazo de sesenta

---

<sup>301</sup> Mariella ALDANA DURAN, “ Impugnación Judicial de Acuerdos” , en Código Civil comentado. Tomo I . Gaceta Jurídica Editores. 2005. p. 451

días hábiles debe ser aplicado como un tope máximo sea para acuerdos no inscribibles o inscribibles pues lo que se busca fundamentalmente con estos plazos es ganar en seguridad jurídica y en predictibilidad. En el caso de los acuerdos inscribibles estos deben también, como hemos dicho, tener el límite de los sesenta días pues casualmente el plazo de treinta días desde su inscripción es menor a fin de garantizar estabilidad en las relaciones civiles o comerciales puesto que la inscripción del acuerdo refleja su importancia y por tanto a mayor importancia mayor garantía de seguridad y estabilidad debe dar el ordenamiento jurídico. Inclusive en el caso en que se inscriba al día siguiente de tomado el acuerdo ahí se aplicará el tercer párrafo del artículo en comento, es decir vencerá el plazo para impugnar el acuerdo a los 30 días después de inscrito el acuerdo no interesando que este plazo se cumpla antes de vencidos los 60 días otorgados para los acuerdos no inscribibles.

Nuestro artículo 92 del Código Civil antes glosado no especifica si nos encontramos frente a un plazo de prescripción o de caducidad como sí lo hace nuestra LGS sin embargo es pertinente tener claro ante qué tipo de plazo nos enfrentamos si ante uno prescriptorio o de caducidad. La autora precedentemente mencionada, por ejemplo, desarrolla la presente idea: “ (...) Sin embargo, usualmente se considera que los plazos en el artículo bajo comentario son de caducidad, declarando los jueces fundadas las excepciones de caducidad que se deducen cuando los plazos señalados han vencido. A este respecto se señala que en la medida que se trata de un derecho a accionar, es consustancial a ello que extinguiéndose la acción, se extingue también el derecho, lo que corresponde a los casos de caducidad (RUBIO CORREA)” .

Estamos de acuerdo en que los plazos previstos en el artículo 92 CC. son de caducidad, pero no por los argumentos de la Dra. Aldana, citando a Marcial Rubio, sino por el hecho que la caducidad no se produce porqué se extingue la acción y con ella el derecho, sino que es éste es el que nunca se llega a establecer y a conformar y por lo tanto la acción, entendida como pretensión, que está

subordinada a determinado derecho subjetivo tampoco se puede ejercitar. Es decir la acción (pretensión) está subordinada al derecho subjetivo y no al contrario como se sugiere. Otra cosa sería pretender que el derecho subjetivo está supeditado a la acción entendida como pretensión y esto, como indicamos, consideramos que no es correcto. Sobre el punto que los jueces han venido declarando fundadas las excepciones de caducidad planteadas, puede ser que así sea, y efectivamente de la jurisprudencia revisada, lo podemos comprobar, sin embargo lo que faltaba era una explicación jurídica al porqué se amparaba la caducidad. Creemos que el tema de seguridad jurídica y de estabilidad de las relaciones civiles y comerciales es crucial para comprender esta actitud jurisdiccional.

Nuestra Ley General de Sociedades (Ley 26887) con respecto a los plazos de caducidad para impugnar o declarar la nulidad de los acuerdos se pronuncia a través de los siguientes artículos:

“Artículo 142°.- Caducidad de la impugnación

**La impugnación a que se refiere el artículo 139° caduca a los dos meses de la fecha de adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta; a los tres meses si no concurrió; y tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción.”**

“Artículo 150°.- Acción de nulidad, legitimación, proceso y caducidad

**Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil.**

**Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento.**

**La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo. “**

Analizando el artículo 142 de nuestra LGS la doctrina nacional en materia mercantil, en concordancia con lo expresado por nosotros al comentar el artículo 92 del Código Civil ha expresado que “ (...) los plazos de caducidad establecidos por la ley para impugnación de acuerdos son adecuados, ya que resulta necesario a efectos de lograr el equilibrio de los intereses en juego, que los plazos para impugnar brinden posibilidades reales de satisfacción a todos los interesados. Es que los accionistas cuentan con un plazo prudencial para accionar cuando consideren que sus derechos son conculcados, a partir de un mínimo de diligencia que les permitiría conocer el desarrollo de la sociedad, o de informarse respecto de las consecuencias que se deriven de determinados acuerdos. Del mismo modo, la sociedad y los terceros encuentran en la brevedad de estos plazos la seguridad y la celeridad que exige el tráfico mercantil, ya que resulta a toda luz perjudicial que durante un periodo prolongado se mantenga la expectativa de la impugnación de acuerdos sociales”<sup>302</sup>. Lo que está en juego con plazos de caducidad breves es un desarrollo idóneo y seguro de las relaciones comerciales y del tráfico mercantil y para esto es esencial contar con sistemas que permitan a los operadores tener certeza de que los acuerdos que se tomen y que puedan adolecer de determinados vicios sean impugnados en su oportunidad, pero que no se presente una situación de incertidumbre acerca de la validez de los acuerdos en el tiempo, ya que no puede indefinidamente mantenerse abierta la posibilidad de solicitar la impugnación o nulidad de determinado acuerdo social, pues esto sería crear un clima nocivo e inseguro para el tráfico comercial<sup>303</sup>.

---

<sup>302</sup> Jorge VEGA VELASCO, “ La Impugnación y Nulidad de Acuerdos Societarios” en Tratado de Derecho Mercantil T. I p. 543

<sup>303</sup> Opinión diferente que no compartimos es elaborada por Ricardo NISSEN en **IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE ACTOS Y DECISIONES ASAMBLEARIAS** Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1989. Capítulo V.

Este autor argentino se pregunta “(...) ¿Se trata de un término de prescripción o un término de caducidad? Ese es, pues, el problema al cual intentaremos dar respuesta en este párrafo, pues, como bien lo sostiene Fargosi, no se trata de una cuestión académica, sino de que la determinación de la naturaleza de ese plazo reviste esencial importancia en orden a los efectos que de uno u otro instituto se desprenden” [p. 144]. “Son válidas, pues, las reflexiones que se hace Spota cuando, luego de sostener que si la caducidad por extinción del plazo y la prescripción por advenimiento del término legal conducen a la pérdida del derecho no ejercido,

---

se pregunta cómo se puede prever dos institutos que consideran el mismo supuesto de hecho, o sea, la inactividad del titular del poder jurídico que significa todo derecho subjetivo, observando además que tanto la caducidad como la prescripción tienen en común la causa-inacción del titular del derecho-, el efecto-la pérdida del derecho- y la finalidad-evitar la inseguridad jurídica- “[144-145]. Nissen esboza la diferencia entre prescripción y caducidad, señalando: “(...) no obstante los puntos de contacto entre ambos institutos y a pesar del mismo supuesto de hecho y consecuencias legales que identifican a la prescripción y a la caducidad, hay diferencias entre ambas que impiden su asimilación: la prescripción extingue el derecho no ejercido. La caducidad, si bien tiene en definitiva tal consecuencia, se dirige más a extinguir potestades jurídicas que conducirían, si se hubieran ejercido a tiempo, a la adquisición de esos u otros derechos. La prescripción supone un derecho plenamente formado y consolidado, que se pierde por la inacción de su titular en el ejercicio de las acciones correspondientes a mantenerlo. Funciona, pues, como una sanción establecida por el orden normativo, fundado en la necesidad de dar firmeza y seguridad a las relaciones jurídicas y económicas” [p. 145]. “(...) el elemento que define y caracteriza a la prescripción liberatoria: el medio por el cual el transcurso del tiempo opera la modificación sustancial de un derecho, en razón de la inacción de su titular, quien pierde la facultad de exigirlo compulsivamente” [p. 146]. Con respecto a la caducidad señala: “La caducidad persigue que los derechos se ejerzan en un término determinado, y por ello, a diferencia de la prescripción, extingue directamente el derecho, y no las acciones que de él se derivan. No es, pues, una sanción a quien se mantiene inactivo, sino que lo que ha pretendido el legislador con la caducidad es que la temporalidad en su ejercicio constituya el presupuesto de su perfeccionamiento y existencia” [p. 146]. “(...) se puede concluir que (...) el nacimiento de un derecho se subordina a una previa actividad del interesado considerada como requisito necesario para la consolidación o perfeccionamiento de él, que precede al término de prescripción, es decir, que cuando existe un plazo de caducidad, el interesado debe hacer una manifestación o asumir una conducta en ese lapso, y sólo después de efectuada tal manifestación o acto, que ha perfeccionado o consolidado tal derecho, comienza a correr el término de prescripción” [p. 146].

Con respecto al artículo 251 de la Ley 19550 que regula la impugnación de acuerdos comerciales el autor finalmente señala: “El problema radica en determinar la naturaleza del término previsto en el artículo 251 de la ley 19550 (argentina) cuya parte pertinente dice: “*Promoción de la acción*. La acción se promoverá contra la sociedad ante el juez de su domicilio, dentro de los tres meses de clausurada la asamblea”. “Los argumentos que sostienen la caducidad se centran principalmente en la necesidad de conciliar la estabilidad de las relaciones o situaciones vinculadas con la estructura o vida societaria y los derechos de los socios o de las minorías, pues objetivamente es necesaria la certidumbre de la perdurabilidad de la fuerza vinculante de la decisión asamblearia y de sus consecuencias jurídicas (...) una exigencia de certidumbre categórica en función de los intereses y derechos tutelados y en pos de la estabilidad jurídica” [p. 151]. El autor critica esta perspectiva, indicando: “En primer lugar, no considero adecuada a una correcta labor interpretativa sostener que la inclusión del ejercicio de la acción de impugnación de decisiones asamblearias como un típico supuesto de caducidad, deba hacérsela teniendo en cuenta especialmente las consecuencias o efectos de la caducidad, que se caracterizan, como hemos visto, por su mayor rigurosidad.(...) El procedimiento, al contrario, debe ser exactamente el inverso: establecer las diferencias entre caducidad y prescripción tomando en consideración su diferente esencia jurídica, e incluir la acción impugnatoria de acuerdos asamblearios en la categoría que corresponda según sus propias características.(...) Llegamos a la conclusión de que, por lo general, la nota distintiva esencial está dada en que mientras la caducidad implica la imposibilidad del nacimiento o perfeccionamiento de un derecho por inactividad del sujeto legitimado, la prescripción priva de la posibilidad de ejercer la acción que le confería el derecho de que gozaba *ab initio*, sin necesidad de actividad alguna de su parte. La actividad requerida antes de que expire el plazo de caducidad se refiere a la integración o al nacimiento del derecho; si tal conducta positiva no se produce, no hay derecho en tanto que la prescripción afecta a la acción nacida de un derecho ya existente, sin necesidad de actividad alguna del sujeto” [p. 154]. Continúa su argumentación diciendo que “no cabe dudar de que la inclusión del plazo establecido por el artículo 251 de la ley 19550 debe ser considerado como de prescripción pues si quienes están legitimados para promover la acción impugnatoria no lo han hecho dentro del término legal establecido, no han frustrado un derecho en expectativa, ya que él se ha perfeccionado desde la clausura del acto asambleario, y en consecuencia el transcurso del plazo legal afecta exclusivamente el ejercicio de la acción que le confiere el derecho de protestar contra resoluciones sociales que se consideran inválidas. En otras palabras, el artículo 251 de la ley 19550 prevé la pérdida de una acción judicial que se tiene desde el momento de la celebración de la asamblea, por no deducir la demanda en el plazo legalmente establecido” [p. 155].

Acerca del momento desde que debe computarse el plazo para impugnar el acuerdo consideramos que el plazo máximo es el de dos o tres meses dependiendo si el accionista estuvo o no presente en la Junta. No se puede extender la impugnación mas allá de este plazo así se trate de acuerdos inscribibles que no hayan sido aun inscritos o que eventualmente hayan sido inscritos antes de vencerse los dos o tres meses. Esto por la seguridad jurídica a la que nos referimos en las líneas precedentes. Claro está que si el acuerdo se inscribe, supongamos al mes de tomado, el plazo para impugnarlo vencerá a los dos meses de concertado (un mes después de inscrito) independientemente de si el accionista estuvo o no presente en la Junta, pues la publicidad registral permite el conocimiento del mismo así el accionista hay estado ausente de la Junta. Del mismo parecer es el Dr. Vega Velasco quien señala que “ (...) el artículo 142 de la Ley señala como plazo máximo para el ejercicio de la impugnación de acuerdos los periodos de dos y tres meses establecidos para los accionistas que concurrieron a la junta y para aquellos que no lo hicieron, respectivamente (...) En ese orden de ideas, los plazos de caducidad para la impugnación de acuerdos podrán ser menores a dos o tres meses para el caso de los acuerdos inscribibles. Esto guarda relación con el principio de publicidad registral que impera en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que se entiende que incluso los accionistas ausentes se encuentran en capacidad de conocer el desarrollo de la empresa a través de los registros públicos. Asimismo, aún cuando puede ocurrir que los acuerdos inscribibles no hayan sido inscritos (o lo hayan sido) con posterioridad a los dos o tres meses de adoptados, estos periodos se constituyen en plazos de caducidad absolutos, transcurridos los cuales no cabe la impugnación de acuerdos. Caso, contrario, podrían generarse situaciones anómalas en las que acuerdos inscribibles pero no inscritos puedan ser impugnados luego de años de su adopción, lo que no resiste el más leve análisis”<sup>304</sup>.

---

<sup>304</sup> Jorge VEGA VELASCO, op.cit. p. 544. Este autor acertadamente comenta: “(...) no coincidimos en el hecho de otorgar el carácter de imprescriptible a la acción de impugnación, toda vez que bastaría un plazo prudencial para que un acuerdo que afectase leve o gravemente a la sociedad pueda ser impugnado

Sin embargo, se debe reconocer que el tema no es pacífico ya que el Dr. Oswaldo Hundskopf en un interesante comentario a la Jurisprudencia N° 1 glosada en el presente trabajo señala que “ De la revisión del texto normativo vigente (art. 142 LGS), así como de los comentarios doctrinarios respecto del tema analizado<sup>305</sup>, resulta clara la intención del legislador de mantener el espíritu del antecedente normativo de la LGS, mejorando su redacción, fijando plazos específicos para situaciones diferentes, y manteniendo los criterios de caducidad aplicables a los plazos fijados por la ALGS. Sin embargo, se elimina la figura del plazo adicional, ya que se distingue entre plazos para impugnación de acuerdos inscribibles y no inscribibles.” Consideramos, respetando la opinión del reconocido profesor, que en este caso, casualmente en aras de la seguridad jurídica y de la certidumbre en las relaciones comerciales, que el plazo máximo debe ser el previsto para los socios presentes o ausentes de la Junta por lo que el plazo de un mes para los acuerdos inscribibles deberá subsumirse en los plazos antes indicados a fin de no llegar a situaciones que permitan el abuso de derecho por parte de algunos socios que opten por dilatar indefinidamente la inscripción del acuerdo.

Por las razones expuestas no concordamos con los argumentos de la Jurisprudencia N° 1 arriba glosada, pues en ésta se habla de un *plazo adicional* a los sesenta días de adoptado el acuerdo<sup>306</sup> (para el supuesto de acuerdos inscribibles), ya que, como hemos comentado, el plazo para impugnar los

---

adecuadamente. Así las cosas, el plazo de diez años establecido en nuestro Código Civil, que por cierto era el utilizado al amparo de la antigua ley, nos parece que sería el indicado para el caso de acuerdos contarios al orden público” p. 546. “(...) sería aconsejable que nuestra doctrina, o, mejor aún, nuestra judicatura, construya una teoría propia de la nulidad y anulabilidad de los actos societarios, que se distinga de la generalidad de actos jurídicos, a fin de que sirva de soporte para edificar una coherente teoría de la impugnación de los acuerdos societarios”. Al respecto permítaseme referir mi trabajo “Las ineficacias negociales: su importancia en la nulidad de acuerdos en materia civil y societaria. Un enfoque jurisprudencial” en Revista Peruana de Jurisprudencia. Año 8 N° 63. Mayo de 2006.

<sup>305</sup> Enrique ELIAS LAROZA en “ Ley General de Sociedades comentada” Editora Normas Legales S.A 1988, p. 298 expresa, refiriéndose al artículo 142 de la LGS : “ Es necesario indicar que estos plazos (dos y tres meses) se aplican a los acuerdos que no son inscribibles, pues si trata de acuerdos susceptibles de ser inscritos el plazo de caducidad es de un mes a partir de la inscripción. (...) Asimismo consideramos adecuada la distinción entre el plazo de caducidad de los acuerdos inscribibles: la inscripción es una forma segura de dar publicidad a un acuerdo, por lo que las impugnaciones que recaigan sobre acuerdos que sean inscribibles caducan después de transcurrido un mes de la inscripción”

<sup>306</sup> Recordemos que la norma era el artículo 144 de la Ley societaria anterior.

acuerdos inscribibles debe subsumirse dentro de los plazos absolutos previstos para los acuerdos no inscribibles, dependiendo de si los accionistas acudieron o no a la Junta. En el caso de la Jurisprudencia N° 04 transcrita precedentemente nos allanamos a la propuesta por la cual el interesado no debe necesariamente esperar el acto de la inscripción para impugnar el acuerdo ya que esto genera inestabilidad, sino que estará facultado para impugnar el acuerdo inscribible dentro de los sesenta días (contados desde que se adoptó) a que se refiere el artículo 92 del Código Civil.

## **VII. PROPUESTA LEGISLATIVA**

### **EN EL CODIGO CIVIL**

**ARTICULO 92:** Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias.

Las acciones impugnatorias (**Los procesos de impugnación de acuerdos**) deben iniciarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo **en el caso de acuerdos no inscribibles**. Pueden ser interpuestos por los asistentes si hubieran dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo **o de ser imposible si lo acredita mediante carta notarial**, por los asociados no concurrentes y por los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto.

Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar. **Sin embargo el acuerdo puede impugnarse desde el momento en que se adoptó.**

Cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su costa para defender la validez del acuerdo.

La impugnación se demanda ante el Juez Civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado. **En cuanto fuere aplicable y atendiendo a la**

**naturaleza de las Asociaciones se puede acudir a lo señalado en la Ley General de Sociedades en materia de Impugnación de acuerdos.**

### **EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES**

#### **Artículo 38°.- Nulidad y Anulabilidad de acuerdos societarios**

Son nulos los acuerdos societarios **cuyo contenido contravenga la Ley y serán anulables cuando se opongan al Estatuto o al Pacto Social o lesionen, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. La nulidad y anulabilidad de los acuerdos se declarará así se hayan adoptado con la mayoría necesaria.**

#### **Artículo 139°.- Acuerdos impugnables**

Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la Junta General cuyo contenido sea contrario a **la Ley, se opongan al Estatuto o al Pacto Social o lesionen, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley, los demás acuerdos indicados serán anulables.**

No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto.

El Juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe.

#### **Artículo 150°.- Acción de Nulidad, legitimación, proceso y caducidad.**

Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos contrarios a normas imperativas o que incurran en casuales de nulidad previstas **en La Ley. Esta acción de nulidad solamente puede ser ejercitada por los terceros con**

**legítimo interés, la misma que se sustanciará en el Proceso de Conocimiento.** La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo.

## **VIII. NORMAS EXTRANJERAS EN MATERIA DE IMPUGNACION JUDICIAL DE ACUERDOS**

### **8.1. Ley de Sociedades Anónimas Española del 22 de diciembre de 1989**

#### **Sección 2.ª: Impugnación de acuerdos sociales**

**Artículo 115.** Acuerdos impugnables.

1. Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.
2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables.
3. No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro.

Si fuera posible eliminar la causa de impugnación, el Juez otorgará un plazo razonable para que aquélla pueda ser subsanada.

**Artículo 116.** Caducidad de la acción.

1. La acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año. Quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público.
2. La acción de impugnación de los acuerdos anulables caducará a los cuarenta días.
3. Los plazos de caducidad previstos en los apartados anteriores se computarán desde la fecha de adopción del acuerdo y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil».

**Artículo 117.** Legitimación.

1. Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo.

2. Para la impugnación de acuerdos anulables están legitimados los accionistas asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores.

3. Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad.

Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no tuviere designado a nadie a tal efecto, el juez nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los accionistas que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado.

4. Los accionistas que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener la validez del acuerdo.

**Artículo 118.** Para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. **(Redactado según la Disposición Final 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero)**

**Artículo 119.** **(Artículo derogado por la Disposición Derogatoria de la Ley 1/2000, de 7 de enero)**

**Artículo 120.** **(Artículo derogado por la Disposición Derogatoria de la Ley 1/2000, de 7 de enero)**

**Artículo 121.** **(Artículo derogado por la Disposición Derogatoria de la Ley 1/2000, de 7 de enero)**

**Artículo 122.** Sentencia.

1. La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El «Boletín Oficial del Registro Mercantil» publicará un extracto. **(Redactado de acuerdo con la Disposición Final 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero)**

2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella. **(Redactado de acuerdo con la Disposición Final 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero)**

## **8.2. Ley de Sociedades Argentina. Ley 19550 de 1989**

**ARTICULO 251.-** Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad.

También pueden impugnarla los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor.

### **Promoción de la acción.**

La acción se promoverá contra la sociedad, por ante el Juez de su domicilio, dentro de los tres (3) meses de clausurada la asamblea.

### **Suspensión preventiva de la ejecución.**

**ARTICULO 252.-** El Juez puede suspender a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad.

### **Sustanciación de la causa. Acumulación de acciones.**

**ARTICULO 253.-** Salvo el supuesto de la medida cautelar a que se refiere el artículo anterior, sólo se proseguirá el juicio después de vencido el término del artículo 251. Cuando exista pluralidad de acciones deberán acumularse, a cuyo efecto el directorio tendrá obligación de denunciar en cada expediente la existencia de las demás.

### **Representación.**

Cuando la acción sea intentada por la mayoría de los directores o de miembros del consejo de vigilancia, los accionistas que votaron favorablemente designarán por mayoría un representante ad hoc, en asamblea especial convocada al efecto conforme al artículo 250. Si no se alcanzare esa mayoría, el representante será designado de entre ellos por el juez.

### **Responsabilidad de los accionistas.**

**ARTICULO 254.-** Los accionistas que votaran favorablemente las resoluciones que se declaren nulas, responden ilimitada y solidariamente de las consecuencias de las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los directores, síndicos e integrantes del consejo de vigilancia.

### **Revocación del acuerdo impugnado.**

Una asamblea posterior podrá revocar el acuerdo impugnado. Esta resolución surtirá efecto desde entonces y no procederá la iniciación o la continuación del proceso de impugnación. Subsistirá la responsabilidad por los efectos producidos o que sean su consecuencia directa.

### **8.3. Código civil italiano de 1942**

**Art. 23.- Anulación y Suspensión de las deliberaciones:** Las deliberaciones de la Asamblea contrarias a la ley, al acto constitutivo o al estatuto pueden ser anuladas a instancia de los órganos de la entidad, de cualquier asociado o del Ministerio Público.

La anulación de la deliberación no perjudica los derechos adquiridos por los terceros de buena fe a base de actos realizados en ejecución de dicha deliberación.

El presidente del tribunal o el juez instructor, oídos los administradores de la asociación, puede suspender, a instancia de quien ha propuesto la impugnación, la ejecución de la deliberación impugnada, cuando existan graves motivos. El decreto de suspensión debe ser motivado y se notifica a los administradores.

La ejecución de las deliberaciones contrarias al orden público o a las buenas costumbres puede suspenderse también por la autoridad gubernativa

### **8.4. Código de Comercio de Venezuela**

**Artículo 290.-** A las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley, puede hacer oposición todo socio ante el Juez de Comercio del domicilio de la sociedad, y éste, oyendo previamente a los administradores, si encuentra que existen las faltas denunciadas, puede suspender la ejecución de esas decisiones, y ordenar que se convoque una nueva asamblea para decidir sobre el asunto.

La acción que da este artículo dura quince días, a contar de la fecha en que se de la decisión.

Si la decisión reclamada fuese confirmada por la asamblea con la mayoría y de la manera establecida en los artículos 280 y 281, será obligatoria para todos los socios, salvo que se trate de los casos a que se refiere el artículo 282, en que se procederá como él dispone.

### **8.5. Ley de Sociedades Comerciales de Uruguay N° 16060**

**SUB SECCION IX**  
**De la impugnación de las resoluciones de las asambleas**

Artículo 365. (Impugnación).- Cualquier resolución de la asamblea que se adopte contra la ley, el contrato social o los reglamentos, o que fuera lesiva del interés social o de los derechos de los accionistas como tales, podrán ser impugnada según las normas de esta Sub-Sección, sin perjuicio de la acción ordinaria de nulidad que corresponda por violaciones a la ley.

Artículo 366. (Promoción de la acción de impugnación).- La acción de impugnación se promoverá contra la sociedad dentro del plazo de noventa días a contar de la fecha de clausura de la asamblea en que se haya adoptado la resolución o de la última publicación, si la ley impusiera su publicidad.

Artículo 367. (Legitimación para el ejercicio de la acción).- Estarán legitimados para ejercer la acción de impugnación cualquiera de los directores, el administrador, el síndico o los integrantes de la comisión fiscal, el órgano estatal de control y los accionistas que no hayan votado favorablemente o hayan votado en blanco o se hayan abstenido y los ausentes. También podrán ejercerla quienes hayan votado favorablemente si su voto fuera anulable por vicios de la voluntad o la norma violada fuera de orden público.

Artículo 368. (Suspensión preventiva).- El Juez podrá suspender de oficio o a pedido de parte, si existieran motivos graves y no mediara perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada.

Si la suspensión fuera solicitada por el impugnante deberá prestar garantía, conforme a las normas que regulan el proceso cautelar.

El incidente que se promueva por la aplicación de esta norma, se sustanciará con independencia del juicio de impugnación. La resolución que se dicte será apelable con efecto solamente devolutivo.

Atento a las circunstancias del caso, el Juez podrá resolver la medida sin oír previamente a la sociedad.

Artículo 369. (Sustanciación del juicio de impugnación).- Si existiera pluralidad de acciones deberán acumularse para su sustanciación y decisión de un solo proceso. A tales efectos, el Actuario del Juzgado dará cuenta al Juez de todas las demandas presentadas.

Transcurrido el plazo establecido en el artículo 366, el Juez dispondrá que los impugnantes designen un procurador común dentro del término de diez días si no lo hicieran, lo nombrará de oficio. El Procurador nombrado por el Juez podrá ser

sustituido en cualquier momento por otro designado de común acuerdo por los impugnantes.

Si la demanda fuera promovida por la mayoría o todos los directores, antes de dar traslado de ella el Juez designará a quien representará a la sociedad entre los accionistas mayores que hayan votado la resolución impugnada. Si el impugnante fuera el administrador o el director que tuviera a su cargo la representación de la sociedad, los restantes designarán a quien la representará en el juicio. La misma disposición se aplicará si uno o varios directores coadyuvaran con el impugnante.

Cumplidas las diligencias antes referidas si fuera el caso o vencido el plazo del artículo 366, el Juez dará traslado de la demanda a la sociedad, disponiendo la publicación de edictos por tres días en el Diario Oficial y en otro diario, con el emplazamiento a quienes tengan interés en coadyuvar con el impugnante o con la sociedad, para que comparezcan en los autos, dentro del plazo de quince días a contar de la última publicación.

Quienes coadyuven con los impugnantes también serán representados por un procurador común según se dispone en este artículo.

Si hubiera interesados en coadyuvar con la sociedad, serán representados por quien actúe en nombre de ésta.

Artículo 370. (Efectos de la sentencia).- La sentencia dictada en el juicio de impugnación obligará a todos los accionistas, hayan o no comparecido en el juicio. Cuando acoja la impugnación se limitará a dejar sin efecto la resolución impugnada.

La sentencia no afectará los derechos adquiridos por terceros a consecuencia del acuerdo impugnado, a menos que se pruebe su mala fe.

Tratándose de violación de la ley, cualquiera sea la sentencia que se dicte, quedará a salvo, a las partes del derecho para promover juicio ordinario que no se podrá iniciar sino después de concluido el juicio de impugnación o de vencido el plazo para promoverlo.

Artículo 371. (Inscripción).- La sentencia que haga lugar a la impugnación se incorporará al legajo de la sociedad, en el Registro Público de Comercio.

Artículo 372. (Responsabilidad de los accionistas).- Los accionistas que hayan votado favorablemente las resoluciones que se dejen sin efecto, responderán solidariamente de las consecuencias de las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda al administrador, a los directores, al síndico o a los integrantes de la comisión fiscal.

Artículo 373. (Revocación del acuerdo impugnado).- Una asamblea posterior podrá revocar el acuerdo impugnado. Esta resolución surtirá efecto desde entonces y no procederá la iniciación o la continuación del proceso de impugnación. Subsistirá la responsabilidad por los efectos producidos o que sean su consecuencia directa.

Artículo 374. (Garantía).- El Juez podrá solicitar a los impugnantes la presentación de garantía para eventualmente resarcir los daños que la promoción de la acción desestimada cause a la sociedad

## **8.6. Código de Comercio de Colombia de 1971**

**Art. 186.-** Las reuniones se realizarán en el lugar del dominio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocación y quórum. Con excepción de los casos en que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial, las reuniones de socios se celebrarán de conformidad con las reglas dadas en los artículos (427)\* y (429)°.

\* Derogado. Ley 222 de 1995, Art. 68.

° Modificado. Ley 222 de 1995, Art. 69.

**Art. 187.-** La junta o asamblea ejercerá las siguientes funciones generales, sin perjuicio de las especiales propias de cada tipo de sociedad:

1. Estudiar y aprobar las reformas de los estatutos;
2. Examinar, aprobar o improbar los balances de fin de ejercicio y las cuentas que deban rendir los administradores;
3. Disponer de las utilidades sociales conforme al contrato y a las leyes;
4. Hacer las elecciones que corresponda, según los estatutos o las leyes, fijar las asignaciones de las personas así elegidas y removerlas libremente;
5. Considerar los informes de los administradores o del representante legal sobre el estado de los negocios sociales, y el informe del revisor fiscal, en su caso;
6. Adoptar, en general, todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados;
7. Constituir las reservas ocasionales, y

**8.** Las demás que les señalen los estatutos o las leyes.

**Parágrafo.-** Las funciones anteriores podrán cumplirse lo mismo en las reuniones ordinarias que en las extraordinarias, si en el contrato social o en las leyes no se previene otra cosa.

**Art. 188.-** Reunida la junta de socios o asamblea general como se prevé en el artículo 186, las decisiones que se adopten con el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes obligarán a todos los socios, aún a los ausentes a las leyes y a los estatutos.

**Parágrafo.-** El carácter general de las decisiones se entenderá sin perjuicio de los privilegios pactados con sujeción a las leyes y al contrato social.

**Art. 189.-** Las decisiones de la junta de socios o de la asamblea se harán constar en actas aprobadas por la misma, o por las personas que se designen en la reunión para tal efecto, y firmadas por el presidente y el secretario de la misma, en las cuales deberá indicarse, además, la forma en que hayan sido convocados los socios, los asistentes y los votos emitidos en cada caso.

La copia de estas actas, autorizada por el secretario o por algún representante de la sociedad, será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas, mientras no se demuestre la falsedad de la copia o de las actas. A su vez, a los administradores no les será admisible prueba de ninguna clase para establecer hechos que no consten en las actas.

**Art. 190.-** Las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces; las que se adopten sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas; y las que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes.

**Art. 191.-** Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.

La impugnación sólo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción.

**Art. 192.-** Declarada la nulidad de una decisión de la asamblea, los administradores tomarán, bajo su propia responsabilidad por los perjuicios que ocasione su negligencia, las medidas necesarias para que se cumpla la sentencia

correspondiente; y, si se trata de decisiones inscritas en el registro mercantil, se inscribirá la parte resolutive de la sentencia respectiva.

**Art. 193.-** Lo dispuesto en el artículo anterior será sin perjuicio de los derechos derivados de la declaratoria de nulidad para terceros de buena fe. Pero los perjuicios que sufra la sociedad por esta causa le serán indemnizados solidariamente por los administradores que hayan cumplido la decisión, quienes podrán repetir contra los socios que la aprobaron.

La acción de indemnización prevista en este artículo sólo podrá ser propuesta dentro del año siguiente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia que declare nula la decisión impugnada.

La acción podrá ser ejercida por cualquier administrador, por el revisor fiscal o por cualquier asociado en interés de la sociedad.

**Art. 194.-** Las acciones de impugnación previstas en este Capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria, y se tramitarán como se dispone en este mismo Código y, en su defecto, en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil para los procesos abreviados.

**Art. 195.-** La sociedad llevará un libro, debidamente registrado, en el que se anotarán por orden cronológico las actas de las reuniones de la asamblea o de la junta de socios. Estas serán firmadas por el presidente o quien haga sus veces y el secretario de la asamblea o de la junta de socios.

Asimismo las sociedades por acciones tendrán un libro debidamente registrado para inscribir las acciones; en él anotarán también los títulos expedidos, con indicación de su número y fecha de inscripción; la enajenación o traspaso de acciones, embargos y demandas judiciales que se relacionen con ellas, las prendas y demás gravámenes o limitaciones de dominio, si fueren nominativas.

## **8.7. Código de Comercio de Bolivia. Dec. Ley N° 14379**

Art. 302.- (IMPUGNACION DE NULIDAD). Cualquier resolución de la junta que viole las disposiciones de este Código o los estatutos, puede ser impugnada de nulidad por los directores, administradores síndicos o autoridad administrativa contralora o por cualquier accionista que no hubiese participado en ella, o que habiendo asistido, hubiera hecho constar su disidencia y, en general, cuando la resolución sea contraria al orden público.

Igualmente, puede impugnarse la convocatoria a la reunión que no cumpla los preceptos señalados tanto en este Código como en los estatutos.

La acción deberá dirigirse contra la sociedad, dentro de los sesenta días siguientes a la reunión o de su publicación, con los documentos que amparen la demanda, debiendo tramitarse sumariamente. (Art. 302 Código Comercio).

Art. 303.- (DEMANDA PROBADA). En caso de probarse la demanda, el juez declarará nula y sin efecto alguno la resolución impugnada, pudiendo ordenar la suspensión de la convocatoria hasta que se cumplan los preceptos legales. (Arts. 514 a 549 Código de procedimiento Civil).

Art. 304.- (RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS). Quienes voten en favor de las resoluciones declaradas posteriormente nulas, responden solidariamente por las consecuencias de las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad de los directores y síndicos.

Art. 305.- (REVOCATORIA DE LA RESOLUCION IMPUGNADA). Revocada por junta posterior la resolución impugnada, no procede la demanda o continuación de la misma, subsistiendo, sin embargo, la responsabilidad por sus efectos o consecuencias directas hasta la fecha de revocación.

Art. 306.- (FIANZA PARA RESPONDER DEL JUICIO). Para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 302, los accionistas impugnantes constituirán fianza suficiente para responder por los daños y perjuicios que la sociedad sufriera, además de las resultas del juicio.