

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

MAESTRÍA EN DERECHO DE LA EMPRESA



LA ACCION DE NULIDAD Y LA IMPUGNACION DE LOS ACUERDOS
SOCIETARIOS, LEGITIMACIÓN, PROCESOS Y CADUCIDAD EN LA LEY
GENERAL DE SOCIEDADES

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa

Autor: Andrés Gabriel Paz Guillén

Asesor: Dr. Hernando Montoya Alberti

Jurado:

- **Dr. Guilherme Alceu Auler Soto**
- **Dra. Jéssica Gladys Valdivia Amayo**
- **Dr. Hernando Montoya Alberti**

LIMA – PERÚ

2014



A MI MADRE QUE SIEMPRE ME HA APOYADO EN TODO Y QUE SIN SU COLABORACION ESTE TRABAJO NO SERIA POSIBLE, A SHIRLEY QUE ME BRINDA A DIARIO SU AMOR Y COMPRENSION Y A MARIAGRACIA QUE ES MI MOTIVACION PARA SER UN MEJOR PADRE CADA DIA. GRACIAS A USTEDES QUE SIEMPRE ESTUVIERON LISTAS PARA BRINDARME TODA SU AYUDA, AHORA ME TOCA REGRESAR UN POCO DE TODO LO INMENSO QUE ME HAN

OTORGADO. CON TODO MI AMOR Y CARIÑO ESTÁ TESIS SE LA DEDICO A USTEDES

Contenido

INTRODUCCION

CAPITULO I

ESTUDIOS PREVIOS	8
1. ORIGEN DEL VOCABLO NULIDAD	8
2. PRECEDENTES.....	8
3. INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURIDICO	9
4. INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS.....	11
4.1. INEFICACIA ESTRUCTURAL	13
4.2. INEFICACIA FUNCIONAL	14
5. INVALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO	15
5.1. SEMEJANZAS ENTRE NULIDAD Y ANULABILIDAD	17
5.2. DIFERENCIAS ENTRE NULIDAD Y ANULABILIDAD	17
6. NULIDAD VIRTUAL O TÁCITA	29
7. CAUSALES GENÉRICAS DE NULIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO	31
7.1. FALTA DE MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DEL AGENTE.....	31
7.2. INCAPACIDAD ABSOLUTA	34
7.3. OBJETO FÍSICA O JURÍDICAMENTE IMPOSIBLE O INDETERMINABLE ...	35
7.4. FIN ILÍCITO Y AUSENCIA DE CAUSA.....	35
7.5. SIMULACIÓN ABSOLUTA.....	37
7.6. AUSENCIA DE FORMALIDAD PRESCRITA BAJO SANCIÓN DE NULIDAD	38
7.7. NULIDAD TEXTUAL O EXPRESA.....	39
7.8. NULIDAD VIRTUAL O TÁCITA.....	39

CAPITULO II

LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIETARIOS.....

1. NOCIONES GENERALES.....	41
1.1. LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS	44
1.2. COMPETENCIA DE LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS.....	46

1.3. EL ACUERDO SOCIETARIO	48
1.4. OBLIGATORIEDAD DE LOS ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS	49
1.5. EL INTERES SOCIAL	50
2. LA DISCUSION DE LOS ACUERDOS SOCIETARIOS.....	51
2.1. IMPUGNACION DE LOS ACUERDOS SOCIETARIOS.....	54
2.2. EL DERECHO INHERENTE A LOS ACCIONISTAS : EL DERECHO DE IMPUGNACION.....	55
2.3. ANALISIS DOCTRINARIO DE LAS CATEGORIAS JURIDICAS.....	56
CAPITULO III	68
1. NULIDAD DE LOS ACUERDOS SOCIETARIOS.....	68
1.1.LEGITIMIDAD_ACTIVA.....	69
1.2.CADUCIDAD.....	69
1.3.VIA_PROCEDIMENTAL.....	70
2. ACCIÓN DE ANULABILIDAD A TRAVÉS DEL PROCESO SUMARISIMO.....	71
CAPITULO IV	74
1. CONFLICTO DE INTERPRETACION ENTRE NULIDAD Y ANULABILIDAD.....	74
2. LA PROTECCION DE LOS CONTRATANTES DE BUENA FE.....	76
3. LOS EFECTOS DE LA IMPUGNACION Y NULIDAD DE ACUERDOS SOCIETARIOS	77
4. INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS.....	80
5. ACUERDOS QUE NO ESTAN TRATADOS EN LA LGS	84
6. PROPUESTA LEGISLATIVA	86
LEGISLACION COMPARADA.....	86
CONCLUSIONES.....	90
BIBLIOGRAFÍA.....	93

LAS ACCIONES DE NULIDAD Y DE ANULABILIDAD DE LOS ACUERDOS SOCIETARIOS, LEGITIMACIÓN, PROCESOS Y CADUCIDAD EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

INTRODUCCION

La presente investigación trata un tema muy controvertido en el Derecho Societario, además se considera un tema de gran importancia en el mundo actual debido a los intereses y derechos que las acciones de Nulidad y de Anulabilidad de los acuerdos societarios tutelan y representan hoy en día.

El estudio de la nulidad de los actos o negocios jurídicos se constituye en uno de los principales temas a abordarse en este ámbito debido a su considerable utilidad práctica, gran parte de casos judiciales se refieren a nulidad y fraude en los negocios jurídicos.

El acto o negocio jurídico puede ser entendido como un supuesto de hecho conformado por la confluencia de manifestaciones de voluntad, cuando estamos ante actos sinalagmáticos, o por lo menos por declaración de una sola voluntad. Empero tales voluntades buscan surtir efectos en la vida real y jurídica de las partes que las manifiestan.

Cuando dichos actos no surten los efectos queridos y esperados por las partes nos encontramos ante la figura de la ineficacia, la misma que consiste, según lo dicho, en la ausencia total o parcial de los efectos buscados por las partes al manifestar su voluntad.

La nulidad es considerada por la doctrina mayoritaria como uno de los tantos supuestos de ineficacia de los actos jurídicos.

Por todo esto, es indispensable su estudio, ver cuál es el lugar que ocupan o pueden ocupar en el futuro y analizar el rol que debe jugar en el Derecho Civil y Societario. Tal ineficacia puede deberse, entre sus tantos supuestos, a un defecto severo en la conformación o celebración del acto jurídico. Por ello, a este tipo de ineficacia se la suele denominar estructural, la misma que coincide con la institución de la invalidez de los negocios jurídicos, según nuestro derecho.

Ahora bien, la invalidez presenta hasta dos supuestos muy conocidos: la nulidad y la anulabilidad, llamadas también nulidad absoluta y relativa, respectivamente.

El tratamiento de la nulidad en nuestra codificación civil se ve facilitada por la estipulación de causales expresas en el texto legal. Ad empero, existiendo también en nuestro sistema las nulidades virtuales o tácitas, el asunto se torna un tanto complejo, por cuanto ya no es la propia norma legal la que sanciona con nulidad el acto en sí, sino que tal invalidez debe ser apreciada caso por caso a fin de determinar el contenido ilícito del negocio. Ahora bien tendremos que aplicar esta sistematización a la legislación societaria.

Del mismo modo la Ley General de Sociedades (de ahora en adelante LGS) establece en su art 150 las causales de nulidad de los acuerdos societarios, y en su art. 139 la Impugnación de los mismos (Anulabilidad de los acuerdos societarios). Por lo que es imperativo analizar cuál es el alcance de estas dos acciones. Pues el acuerdo societario no deja de ser un negocio jurídico.

Por lo tanto, tendremos que analizar en cada caso de cada acción su legitimidad, plazos de caducidad diferencias y sistematización en la Ley general de Sociedades (en adelante LGS).

El motivo de la presente investigación es la falta de claridad en la LGS respecto a los actos impugnables y los nulos, la contradicción en las opiniones vertidas en este tema y la jurisprudencia actual.

Para demostrar nuestra hipótesis en torno a la adecuada aplicación de las acciones de anulabilidad u nulidad de los acuerdos societarios, en el primer capítulo definiremos cuál es el objeto de nuestro estudio, eligiendo los términos apropiados y definiendo lo que es la Nulidad y Anulabilidad del negocio jurídico, mostrando en la última parte de este capítulo las diferencias entre estas dos acciones, sus características y su relevancia en la invalidez e ineficacia del acto jurídico.

En el segundo capítulo, entraremos a lo concerniente a la impugnación de los acuerdos societarios, analizando al órgano principal de la sociedad, la Junta general de accionistas, para poder comprender la naturaleza de las acciones antes descritas.

En la parte final del segundo capítulo, analizaremos el lado procesal de la acción de impugnación.

En el tercer capítulo, presentaremos, los aspectos de la Nulidad, tratando de demostrar nuestra hipótesis, también los aspectos procesales del tema y además de como de manera jurisprudencial se llega a un concepto determinado.

En el cuarto capítulo, abordaremos la controversia planteada acerca de las dos acciones, veremos que son determinantes y excluyentes entre sí, para lo cual al final de este capítulo propondremos una modificatoria a la LGS.

Finalmente, y no menos problemático es el tema referido a la inexistencia del acto jurídico, institución que ha sido asemejada a la nulidad en cuanto a sus efectos en nuestro ordenamiento normativo formal.



CAPITULO I

ESTUDIOS PREVIOS

1. ORIGEN DEL VOCABLO NULIDAD

Para Jorge Camusso¹, la voz “nulidad” deriva de la palabra nulo cuyo origen etimológico proviene de *nullus*: de *ne* que significa no y *ullus* que significa alguno, haciendo que por nulo deba entenderse aquello que es carente de valor y fuerza para exigir, por ser opuesto o contrario, a las leyes o por carecer de los requisitos, formalidades o solemnidades que se requieran en la sustancia o en el modo.

2. PRECEDENTES

En el Derecho romano, la nulidad tuvo una gran simplicidad, pues tenía como objetivo un fácil entendimiento para las personas, y así tener una mejor aplicación. Así se entendía que el acto nulo se consideraba inexistente y no producía efecto alguno², por lo que los romanos, por considerar que el acto nulo no existía, no conocieron una acción declarativa de nulidad³.

Años después sobrevino la institución de la nulidad pretoriana, acción con la cual se permitía al afectado una reparación tan amplia como la *restitutio in integrum*. Al producirse la disolución (nulidad) de un acto por nulidad pretoriana, se ordenaba la devolución de lo percibido o recibido por dicho acto. Por esto, podemos afirmar que entre los romanos sí existió aunque muy básica, una teoría de la nulidad⁴.

1PALACIOS, Eric, La nulidad del negocio jurídico – principios generales y su aplicación práctica, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 97.

2 TORRES, Aníbal; Acto Jurídico, 2ª Edición, Idemsa, Lima, 2001, p. 684.

3AMBROSIONI, Carlos E., Lecciones de derecho romano, Tomo II, Ediciones Librería Jurídica, La Plata – Argentina, 1965, p. 92.

4 *Idem.*, p. 93.

No obstante, se debe aclarar que en el Derecho civil de entonces no admitía la existencia de actos anulables (acción de anulabilidad) o afectados de nulidad relativa, pues estos actos no eran susceptibles de saneamiento por la confirmación o *ratihabitio* como la denominan las fuentes originales. Si el acto legítimo adolecía de un defecto o de la ausencia de un requisito, el mismo sencillamente era inexistente. Si faltaban los requisitos del acto, el mismo no era susceptible de ser confirmado⁵. Sin embargo, la circunstancia de que se construyera la doctrina de la nulidad en torno a las excepciones y defensas que brindaba el proceso, permitió la idea, posteriormente, de la confirmación del negocio viciado⁶.

De ese modo, nacen en el Derecho romano dos formas de anular un acto jurídico: la nulidad civil que operaba de pleno derecho y la nulidad pretoriana que exigía el ejercicio de una acción y que tenía efecto sólo después de la sentencia. Al respecto se ha afirmado que estas categorías de actos nulos y anulables quizás no fueron conocidas por los jurisconsultos romanos, pero sí por los comentaristas posteriores del *Corpus Iuris Civiles*⁷.

Por motivos resultantes de la práctica procedimental, se distinguió entre la sanción del Derecho civil en que se incurría por falta de uno de los requisitos de validez del contrato, lo que vino a ser la nulidad absoluta o el acto nulo y la protección que el Pretor concedía en virtud de su *imperium* a los menores así como a los contratantes cuyo consentimiento hubiera sido viciado, lo que ha venido a ser la nulidad relativa⁸.

Explicado de otro modo, para el Derecho quiritarario el acto existía o no existía, en cambio, el Derecho honorario admitió la existencia de los actos anulables, eficaces y que podían quedar sin efecto mediante el rechazo de la acción pertinente o la restitución al estado anterior obtenida por la *restitutio in integrum*⁹.

3. INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURIDICO

⁵AMBROSIONI, Ob. cit., p. 94 y 95.

⁶Ídem., p. 93.

⁷ Ídem.

⁸VIDAL, Fernando; El acto jurídico, Cuarta Edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1999, p. 488.

⁹ AMBROSIONI, Ob. cit., p. 94.

El Derecho francés contemporáneo, amplió, dentro de su evolución funcional y doctrinaria, el campo de las nulidades y, por inspiración de Zacharie¹⁰ introdujo la doctrina de los actos jurídicos llamados inexistentes, sin efectos, nulos, con los que se pretendió que la inexistencia operase y funcionase de pleno derecho, sin que el acto jurídico haya tenido real existencia jurídica¹¹.

En este punto quisiéramos hacer una demarcación de manera importante, pues, la inexistencia del acto jurídico y la nulidad del mismo son conceptos diferentes y diferenciados entre sí. Lo nulo sí implica inexistencia, pero dicha implicancia solamente se refiere a una inexistencia jurídica¹². Así, es nulo el negocio que no es esta apto para dar vida a aquella situación jurídica que el derecho apareja al tipo legal respectivo. También, es nulo el acto jurídico que pueda producir alguno de los efectos correspondientes u otros distintos, de carácter negativo o contradictorio, ya que de otro modo más bien sería inexistente¹³.

Aubry y Rau¹⁴ plantean que es inexistente el acto que no reúne los elementos exigidos para su existencia y sin los cuales es imposible concebirlo. Por su parte, Baudry-Lacantiniere¹⁵ dice que acto inexistente es el que no ha podido formarse en razón de carecer de un elemento esencial y principal. El acto nulo, en cambio, es considerado ineficaz por contradecir un mandato legal.

Como ya adelantamos, la nulidad y la inexistencia son figuras diferentes, pero que han sido asimiladas en semejantes términos, al menos en la legislación y jurisprudencia nacional¹⁶, por lo que puede crear confusiones doctrinarias y prácticas. Ejemplificando

10 LOHMANN, Juan Guillermo; El negocio jurídico - Actualizado, 2ª edición, Editora Jurídica Grijley EIRL, Lima, 1994, 521.

11 SCOGNAMIGLIO, Renato; Contribución a la teoría del negocio jurídico; Edición, traducción y notas de Leysser L. León, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, pág. X.

12 VIDAL, Fernando, Ob. cit., p. 498.

13 BETTI, Emilio; Teoría general del negocio jurídico, Traducción y concordancias con el Derecho español, por A. Martín Pérez y Estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares S. L., Granada, 2000, p.410.

14 CUADROS, Carlos ; ACTO JURÍDICO - CURSO ELEMENTAL - COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL DE 1984, Tercera Edición, Editora FECAT, Lima, 1996, p. 209.

15 CUADROS, Ob. cit., p. 209.

16 TORRES, Ob. cit., p. 675.

lo dicho, se señala que: La nulidad del acto jurídico acarrea inevitablemente la nulidad de su escritura pública, porque un acto nulo es jurídicamente inexistente, y por ello no puede existir una escritura pública sin contenido. (Exp. N° 4530-98 – Lima, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, 27-01-99)¹⁷.

Podemos apreciar que el hecho de que dos figuras produzcan efectos inmediatos similares, no es causa ni motivo suficiente para plantear su equiparación conceptual ya que en el supuesto de la nulidad la pérdida de efectos se ha producido por un defecto del supuesto de hecho, mientras que en la inexistencia ella se produce como respuesta inmediata a una verificación negativa del supuesto de hecho¹⁸. En ese sentido, un fallo argentino intenta aclararnos el panorama al señalar lo que sigue: *“La inexistencia de los actos jurídicos es una categoría conceptual puramente racional – ajena al sistema estrictamente legal de las nulidades- que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos que, pese a tener apariencias de acto jurídico, no son tales por carecer de algún elemento constitutivo. En cambio las nulidades son acciones legales a actos jurídicos existentes pero imperfectos.”* (JA, T. 19, p. 172)¹⁹.

Por otro lado, se ha determinado que los sistemas jurídicos que hacen uso de la inexistencia ya no requieren de la nulidad virtual en tanto que, la nulidad se sanciona solamente por causa preestablecida en la ley. Entonces, la nulidad operaría expresamente. Mientras que aquellos sistemas jurídicos que no cuentan con la figura de la inexistencia, habrían creado la nulidad virtual para subsanar los supuestos vacíos que pudiese dejar la nulidad expresa.

En ese sentido, podemos concluir en que un sistema jurídico no puede contar a la vez con la figura de la nulidad virtual y la inexistencia.

4. INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

17MEZA, Gonzalo; El Negocio Jurídico - Manual Teórico - Práctico, Editorial Alegre EIRL, Lima, 2003, p. 440.

18PALACIOS, Eric; La Nulidad del Negocio Jurídico – Principios generales y su aplicación práctica, Jurista Editores, Lima, 2002, p.108.

19 VEGA, Jesús Edgardo; EL acto jurídico en las instituciones del Derecho civil, Palestra Editores, Lima, 1998, p. 424.

En medio del amplio estudio de la teoría de la nulidad, desprendemos que parte de este estudio, es parcialmente el estudio de parte de la ineficacia del acto jurídico. CUADROS ha afirmado que un acto será plenamente eficaz en cuanto sea plenamente válido²⁰ pues se denomina nulidad del acto jurídico a su falta de eficacia jurídica²¹.

Sin embargo, el estado actual de la doctrina permite sostener que la ineficacia es un concepto genérico²². Se trata de un concepto omnicomprendido de todas las vicisitudes que atacan al acto jurídico, entre las cuales, tenemos los supuestos de nulidad²³.

Jurisprudencialmente se establece esta distinción entre nulidad e ineficacia al señalarse lo siguiente: *“No resulta nulo el acto jurídico que contiene intereses usurarios, sino que deviene solamente en ineficaz, puesto que no produce efectos en cuanto a los excesivos intereses que fueron pactados con apariencia de legalidad mediante fingido aumento de capital prestado” (Cas. 2482-98-Lima, Normas Legales, T. 286, Marzo 2000)*²⁴.

Entendemos que el negocio jurídico, en su aspecto fisiológico, tiene dos momentos plenamente definidos, primero, el de validez en el cual se estudia su estructura, y segundo, el de eficacia en el que se estudia los efectos jurídicos del mismo. La regla general, según el profesor Espinoza es que un negocio jurídico válido produzca efectos jurídicos. Pero, en muchos casos los actos jurídicos no son eficaces porque no llegan a producir efectos jurídicos o porque los efectos jurídicos que se han producido

20 CUADROS, Ob. cit., p. 205.

21 Sin embargo, sabemos que la acción pauliana no es una acción que persiga la nulidad del acto jurídico, sino que se declare su ineficacia, es decir, que carezca de fuerza o eficiencia para lograr sus efectos. Aquí el acto jurídico es válido porque cuenta con todos sus elementos y no está afectado de vicio sustancial alguno. *Vid.* BALTUANO VÁSQUEZ, Marco Antonio; LA ACCIÓN PAULIANA en Diario Oficial “El Peruano”, Lima, miércoles 26 de junio, 2002, p. 10.

22 SOGNAMIGLIO, Ob. cit., p. 421.

23 LOHMANN, Ob. cit., p. 519, afirma que la invalidez no debe confundirse con la ineficacia, ni considerar que la primera es una de las especies de la segunda, por cuanto la invalidez constituye una apreciación de valor jurídico, la ineficacia es un estado sobre los efectos jurídicos o de hecho.

24 CAJAS, William; Código Civil, Séptima Edición, Editorial Rodhas, Lima, 2004, p. 59.

inicialmente llegan a desaparecer por un evento posterior a su celebración²⁵. Así, el sustento jurídico de la ineficacia sería la tutela del principio de legalidad en el ámbito de los actos de la autonomía privada, pues el objetivo fundamental que persigue el sistema jurídico nacional, es que los actos de la autonomía privada produzcan sus efectos jurídicos, siempre y cuando se ajusten a los requisitos de orden legal. En ese sentido se señala que:

“Que, el derecho subjetivo se halla constituido por un poder de actuar, atribuido a la voluntad del sujeto y garantizado por el ordenamiento jurídico para satisfacer sus intereses jurídicamente protegidos, de donde resulta que sólo al titular del derechos se le reconoce una razón de ser suficiente para poder accionar. La fuerza del derecho subjetivo no proviene de su titular sino del ordenamiento jurídico, y el contenido de éste está constituido por las facultades jurídicas reconocidas.” (Cas. 62-T-97-Huaura, SCTSS – El Peruano 27-02-98)²⁶.

Aceptamos, que en términos generales, la ineficacia es consecuencia del incumplimiento de un requisito de orden legal al momento de la celebración del acto jurídico o con posterioridad al mismo, y que justifica que no se produzcan los efectos jurídicos deseados por las partes o establecidos por ley²⁷, o que los efectos jurídicos ya producidos desaparezcan.

Dentro de las tantas clasificaciones relativas a la ineficacia del actos o negocio jurídico²⁸, existe una que sobresale y refiere a la distinción entre ineficacia estructural y funcional.

4.1. INEFICACIA ESTRUCTURAL

La ineficacia estructural, denominada también originaria²⁹ o por causa intrínseca, es aquella ineficacia negocial que se presenta al momento mismo de la celebración del

²⁵Apud. PALACIOS, Ob. cit., p. 30.

²⁶ CAJAS, Ob. cit., p. 60.

²⁷TORRES, Ob. cit., p. 657. Los denomina efectos voluntarios y efectos legales, respectivamente.

²⁸Vid. TORRES, ídem., p. 666 y ss.

acto jurídico. Es decir, se trata de un acto jurídico afectado por una causal de ineficacia desde el momento de su conformación, celebración, formación, nacimiento, conclusión o perfección.

La coetaneidad al momento de la formación del acto jurídico es el primer rasgo característico de la ineficacia estructural, empero, se fundamenta en el principio de legalidad pues todas las causales de invalidez vienen siempre establecidas por ley, no pudiendo ser consecuencia del pacto entre las partes. Torres agrega la causal por la cual el acto jurídico adolece de algún defecto por el que la ley autoriza su invalidación; así como al acto jurídico simulado³⁰.

En los supuestos de ineficacia estructural, el negocio jamás produce efectos jurídicos por haber nacido muerto o deja de producir retroactivamente todos sus efectos jurídicos.

La ineficacia estructural se presenta bajo la generalidad de la invalidez de los negocios jurídicos que abarca hasta dos supuestos: la nulidad y la anulabilidad; recibiendo ambas el nombre genérico –como ya se indicó- de invalidez en la legislación y en la doctrina.

La invalidez, entonces, es concebible sólo en materia de negocio jurídico (en el ámbito del Derecho privado) y no respecto de las demás *fattispecie* jurídicas³¹.

4.2. INEFICACIA FUNCIONAL

La ineficacia funcional denominada también sobreviniente o por causa extrínseca, es conocida como la ineficacia en sentido estricto³² y que supone un acto jurídico

29TORRES, ídem., p. 666-667 hace una distinción entre la clasificación de ineficacia estructural y funcional, con la clasificación de ineficacia inicial y posterior.

30TORRES, ob. cit., p. 663.

31 SCOGNAMIGLIO, Ob. cit., p. 471.

32PALACIOS, Ob. cit., p. 91.

perfectamente estructurado en el cual han concurrido todos sus elementos, presupuestos y requisitos, sólo que, por un evento ajeno a su estructura, deja de producir efectos jurídicos. Los supuestos típicos de ineficacia funcional son la resolución y la rescisión.

Hay que resaltar, que la nulidad se diferencia de la rescisión en que ésta última alude a causales específicas en relación con un determinado acto³³, mientras que la nulidad concierne a causales generales para cualquier acto jurídico.

Sin embargo, se pueden sumar otros supuestos, tales como, la condición y el plazo, la resciliación o mutuo consenso, la revocación, la reversión, la retractación, el retracto mismo, la inoponibilidad, la excepción de cumplimiento del contrato, la excepción de caducidad del plazo, incluso la separación de cuerpos y el divorcio³⁴.

En la ineficacia funcional, por regla general, el defecto se presenta con posterioridad a la formación del acto jurídico. Sin embargo, esto no es absoluto, pues en los casos de rescisión, la causa de ineficacia es coetánea también a la formación del negocio.

Por tanto, la ineficacia funcional puede ser consecuencia del pacto entre las partes que han celebrado un acto jurídico en aplicación del principio de autonomía privada, que es el principio directriz en materia de actos jurídicos y contratos.

5. INVALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO

Existen solamente dos supuestos de invalidez³⁵ o ineficacia estructural en el sistema jurídico nacional: la nulidad y la anulabilidad³⁶, conocidos también como nulidad absoluta y nulidad relativa, respectivamente³⁷.

33LEÓN BARANDIARÁN, José; Curso del acto jurídico con referencia al proyecto del C. C. Peruano, Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1983, p. 61.

34 TORRES, Ob. cit., p. 664-665.

35 Algunos autores como Bianca citado por Juan Espinoza (*Apud*. PALACIOS, ob. cit., p. 32) agregan a la rescindibilidad como una categoría más de invalidez. Ésta es una forma de invalidez del contrato puesta principalmente a tutela de quien contrata en condiciones inicuas por su estado de necesidad o peligro. En

El sistema nacional no reconoce la categoría de la inexistencia como sucede en otros sistemas jurídicos, por ejemplo, el italiano, francés y español³⁸.

La nulidad es la forma más grave de invalidez comercial e importa la falta de idoneidad del acto para producir efectos, la misma que puede ser total o parcial³⁹.

El acto nulo, conforme a la doctrina contemporánea en la estructuración de los negocios jurídicos, es aquél que carece de algún elemento, presupuesto o requisito o cuyo contenido es ilícito por atentar contra los principios de orden público, buenas costumbres o una o varias normas imperativas.

Por su parte, el acto anulable es aquél que se encuentra afectado por un vicio en su conformación. No se trata de un acto que carezca de algún elemento o presupuesto o cuyo contenido sea prohibido, sino de actos que cumplen con la mayoría de sus aspectos estructurales, pero que tienen un vicio en su conformación.

Tanto en la nulidad como en la anulabilidad, existen dos tipos de causales: las genéricas y las específicas. Las causales genéricas de nulidad son de aplicación a todos los actos jurídicos en general y se encuentran reguladas en el artículo 219º del Código Civil, mientras que las causales genéricas de anulabilidad se hallan establecidas en el artículo 221º de dicho Código. Por último, las causales específicas se encuentran dispersas en todo el sistema jurídico, no existiendo una lista cerrada o *numerus clausus* de las mismas.

el artículo 1370º del código civil se establece que la rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de su celebración. El artículo 1447º del mismo cuerpo normativo admite la configuración de la pretensión rescisoria por lesión sólo en el caso de aprovechamiento de estado de necesidad, mas no de peligro. Vid. PALACIOS, ob. cit., p. 33-34. Cfr. SCOGNAMIGLIO, Renato; EL NEGOCIO JURÍDICO: ASPECTOS GENERALES, en TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO – 4 ESTUDIOS FUNDAMENTALES, Traducción y Edición al cuidado de Leysser L. León, ARA Editores, Lima, 2001, p. 170 y PALACIOS, ob. cit., p. 92.

36 Vid. VIDAL, ob. cit., p. 487 y TORRES, ob. cit., p. 672.

37 Cfr. CUADROS, ob. cit., p. 210.

38Cfr. SCOGNAMIGLIO, EL NEGOCIO..., p. 180.

39PALACIOS, ob. cit., p. 32

Además, existen dos tipos de causales de nulidad específicas: las nulidades virtuales o tácitas y las nulidades expresas o textuales. En el caso de las anulabilidades, las causales son siempre expresas o textuales, no pudiendo ser tácitas o virtuales.

Las nulidades son expresas o textuales cuando vienen declaradas directamente por la norma jurídica, semejantemente a las anulabilidades expresas o textuales, mientras que, las nulidades son tácitas o virtuales cuando se deducen del contenido del acto jurídico, por contravenir el orden público, las buenas costumbres o las normas imperativas.

5.1. SEMEJANZAS ENTRE NULIDAD Y ANULABILIDAD

Dentro del estudio de la invalidez del acto o negocio jurídico, nos encontramos que al ser la nulidad y la anulabilidad las únicas categorías de invalidez, resulta evidente que las características comunes entre ambas figuras son las tres que caracterizan a la ineficacia estructural, es decir:

- Las causales tanto de nulidad como las de anulabilidad se configuran al momento de la formación o nacimiento del acto o negocio jurídico, por eso es que doctrinariamente se le califica como ineficacia originaria.
- Las causales de nulidad y anulabilidad suponen un defecto en la estructura negocial, en la formación del acto, por ello son supuestos de ineficacia estructural.
- Tanto las causales de nulidad como las de anulabilidad se acogen al principio de Legalidad, es decir son de carácter legal, pues están establecidas e impuestas por la ley, no pudiendo ser creadas o pactadas por los particulares.

5.2. DIFERENCIAS ENTRE NULIDAD Y ANULABILIDAD

a) POR LA NATURALEZA DEL ACTO JURIDICO

El Acto Jurídico Nulo, es aquel que carece de algún elemento, presupuesto o requisito. También puede ser el caso que teniendo todos los aspectos de su estructura bien constituidos tenga además un fin ilícito por contravenir las buenas costumbres, el orden público o una o varias normas imperativas.

Por otra parte, el Acto Jurídico Anulable es aquel que tiene todos los aspectos de su estructura y contenido perfectamente lícitos, pero presenta un vicio estructural en su conformación.

A nivel jurisprudencial, se señala que el acto jurídico nulo se presenta cuando el acto es contrario al orden público o carece de algún requisito esencial para su formación. Mientras que, el acto jurídico será anulable cuando concurriendo los elementos esenciales a su formación, encierran un vicio que pueda acarrear su invalidez a petición de parte.” (Exp. N° 973-90-Lima, Normas Legales N° 213, p. J-8)⁴⁰.

Además podemos ver en la Ejecutoria del 27 de noviembre de 1992⁴¹, que distingue entre acto jurídico nulo y acto jurídico anulable presentándose el primero, cuando el acto es contrario al orden público o carece de algún requisito esencial para su formación, y el segundo cuando, concurriendo los elementos esenciales a su formación incurren en un vicio que pueda acarrear su invalidez, pudiendo demandar su anulabilidad quien es parte en la formación y efectos del acto jurídico, en tanto que el acto jurídico nulo puede ser denunciado por el afectado.

b) POR LAS CAUSALES QUE LAS GENERAN

40 CAJAS, Ob. cit., p. 60.

41 Ejecutoria del 27 de noviembre de 1992 (Expediente N° 973-90)

Las causales de nulidad tutelan el interés público, es decir, según el Art. 219° del código Civil⁴²:

- a) Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
- b) Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
- c) Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
- d) Cuando su fin sea ilícito.
- e) Cuando adolezca de simulación absoluta.
- f) Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
- g) Cuando la ley lo declara nulo.
- h) En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

En contraposición, las causales de anulabilidad tutelan el interés privado de las partes celebrantes del acto, con la finalidad de proteger a la parte afectada por la causal de

42 Código Civil Peruano: Artículo 219.- El acto jurídico es nulo: 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente. 2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358. 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 el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

anulabilidad. Por lo que la Legitimación Activa faculta a la parte afectada. EL art. 221° del Código Civil⁴³ especifica que 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.

En ese sentido, a nivel jurisprudencial se señala que el acto jurídico será anulable (...) pueda acarrear su invalidez a petición de parte; por ello quien es parte en la formación y efectos del acto jurídicos puede denunciar su anulabilidad, en tanto que el acto jurídico nulo puede ser denunciado por el afectado, por quien tiene interés o ser declarado de oficio (Exp. N° 973-90-Lima, Normas Legales N° 213, p. J-8)44.

c) POR LA TITULARIDAD DE LA ACCION

En esta sección doctrinaria especificamos algo, que más adelante en el transcurso de nuestra investigación será determinante. Concordamos que la acción de nulidad puede interponerla una parte o cualquier tercero, siempre que acredite legítimo interés económico o moral, inclusive el Ministerio Público.

Es más, el juez puede declarar de oficio una nulidad cuando la misma resulte manifiesta⁴⁵.

Tal es el caso que la jurisprudencia peruana recoge a continuación:

43 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.

44Ídem.

45Vid. Artículo 220° del Código Civil.

“(…) Tal nulidad puede ser alegada por quien tenga interés, como prescribe el Art. 220 del mismo cuerpo de leyes” (Exp. N° 1017-97-Puno, SCSS – El Peruano 10-12-98)

“(…) la nulidad de un acto jurídico puede ser interpuesta por cualquier persona que tenga interés, esto es, que afecte directa o indirectamente su derecho, o el de la persona o grupo de personas que representa, o exista un interés difuso.” (Cas. 2381-97-Tacna – El Peruano 31-01-99)

“(…) estas nulidades no operan automáticamente, sino que los jueces tienen la facultad de declararlas con el sustento de la norma imperativa contravenida por la autonomía privada.” (Cas. 1021-Huaura, SCSS – El Peruano 11-05-098)

“(…) por ello quien es parte en la formación y efectos del acto jurídicos puede denunciar su anulabilidad, en tanto que el acto jurídico nulo puede ser denunciado por el afectado, por quien tiene interés o ser declarado de oficio.” (Exp. N° 973-90-Lima, Normas Legales N° 213, p. J-8)

En cambio, concluimos que la acción de anulabilidad sólo puede ser interpuesta por alguna de las partes celebrantes del acto. Así bien puede interponerla la parte que ha celebrado el acto jurídico viciado, parte que se ve menguada en sus derechos y que es perjudicada con la causal en cuyo beneficio la ley establece dicha acción⁴⁶. La acción de demandar la anulabilidad se extiende excepcionalmente al tercero siempre que se encuentre perjudicado conforme al inciso 3 del artículo 221° del Código Civil⁴⁷.

d) POR LOS EFECTOS

El negocio jurídico nulo, nunca cumple su objeto, además, nunca produce los efectos jurídicos que tenía que haber producido⁴⁸, es decir, nace muerto⁴⁹. Pero, si bien el

⁴⁶Vid. Artículo 222° del código civil.

⁴⁷CAJAS, ob. cit., p. 61

⁴⁸Bianca (*Apud.* PALACIOS, ob. cit., p. 34-36, afirma que la nulidad no excluye que el negocio pueda ser relevante frente a terceros y que pueda producir efectos entre las partes. Añade que la producción de efectos no es la nota distintiva entre un negocio nulo y uno anulable (*Apud.* PALACIOS, ob. cit., p. 34-36). En ese mismo sentido, Werner FLUME, *EL NEGOCIO JURÍDICO – PARTE GENERAL DEL DERECHO CIVIL*, Tomo segundo, Cuarta Edición no modificada, Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, España, 1998, p. 643-644, nos dice que el negocio nulo no es solamente un acontecimiento fáctico, sino un negocio jurídico, por lo que pueden producirse consecuencias jurídicas con base en un negocio jurídico nulo.

negocio nulo nunca produce tales efectos jurídicos, puede, eventualmente, producir otros efectos jurídicos, pero como un hecho jurídico distinto⁵⁰ no como el negocio celebrado por las partes originariamente⁵¹. Dicho de otro modo, los supuestos de ineficacia no impiden que el acto ineficaz produzca otros efectos dispuestos por ley aunque no sean deseados por las partes⁵².

Al respecto, el profesor Flume especifica que el negocio jurídico nulo puede tener relevancia jurídica de diversas maneras, como si fuera válido, si con base en el mismo se realizan distintas prestaciones o si el negocio llegara a consumarse de otra manera⁵³.

El negocio anulable es, provisionalmente, productivo de sus efectos jurídicos por poseer un vicio en su conformación que tiene un doble destino alternativo y excluyente por el cual puede ser confirmado, vale decir, subsanado o convalidado por la parte afectada en cuyo caso seguirá produciendo sus efectos jurídicos o; es declarado judicialmente nulo, a través de la acción de anulabilidad, en cuyo caso la sentencia opera retroactivamente a la fecha de celebración del negocio anulable. Entonces, el destino del acto anulable depende casi exclusivamente de la parte afectada por la causal de anulabilidad.

49A decir de Renato SCOGNAMIGLIO, EL NEGOCIO..., p. 180, cuando el negocio alcanza la existencia, la ley, en atención a vicios o anomalías de gravedad razonable, puede determinar su invalidez bajo dos formas: la nulidad o la anulabilidad. En estos supuestos la ley afecta, con una medida sancionadora, la relevancia vinculante del negocio la cual es negada de raíz, y da lugar a que los efectos no se produzcan (a menos que se permita, con carácter excepcional, una recuperación parcial del negocio para la vida jurídica) en los casos de nulidad. En los casos de anulabilidad, en cambio, dicha relevancia se vuelve precaria, y la parte interesada puede promover una acción judicial destinada a erradicar el negocio, el mismo que, en el entretanto, continuará produciendo sus efectos.

50PALACIOS, Ob. cit., p. 101 nos dice que el negocio nulo no podrá considerarse como un negocio válido productor de los efectos asignados a su intento práctico, pero sí puede tomarse como un supuesto de hecho o *fattispecie* para la producción de efectos que podrían ser tomados, al no poder sostener que deriven del negocio en cuanto tal, como efectos extranegociales.

51El artículo 1424^o del Código Civil italiano de 1942 nos habla de la conversión del contrato nulo, manifestando que puede producir los efectos de un contrato distinto, si contiene los requisitos de sustancia y forma de éste, y siempre que, teniendo en cuenta el fin perseguido por las partes, se deba considerar que ellas habrían deseado que esto ocurriera, de haber conocido la nulidad.

52 TORRES, Ob. cit., p. 661.

53 FLUME, Ob. cit., p. 651.

La figura de la anulabilidad consiste en que al que esté interesado y legitimado para que impugnar, se le faculta la opción de escoger sobre la validez o invalidez del acto jurídico. Es decir que el objetivo de la acción de anulabilidad no es la declaración judicial de Anulabilidad, sino la declaración de nulidad del acto anulable.

Nótese que, en el caso de los actos anulables declarados judicialmente nulos, los efectos que produjo, desaparecerán retroactivamente a la fecha de celebración del acto jurídico. Esta retroactividad se denomina retroactividad obligacional.

e) POR SU POSIBILIDAD DE VALIDACION

Los Actos jurídicos nulos no son susceptibles de una confirmación⁵⁴ futura por haber nacido sin vida, a diferencia de los negocios anulables que sí son subsanables o convalidables⁵⁵. En la realidad sucede que, por diferentes motivos, una o todas las partes deciden cumplir voluntariamente un acto nulo. Pero, el hecho que se cumpla voluntariamente un acto nulo no lo convalida en absoluto⁵⁶. En todo caso, se tratará del cumplimiento de un efecto meramente práctico o fáctico⁵⁷ pero en ningún caso de un efecto jurídico⁵⁸.

54FLUME, Ob. cit., p. 667 nos afirma que la nulidad sustantiva no queda convalidada incluso por la desaparición de la causal de nulidad. En otras palabras, una vez que se da la nulidad ésta no se ve afectada por la simple desaparición posterior de la causal de nulidad (p. 647). Sin embargo, también nos habla de la posibilidad de confirmación del negocio jurídico nulo (p. 648), la cual la diferencia de la confirmación en sentido literal, propia del negocio jurídico anulable (p. 667).

55El artículo 1423º del Código Civil italiano de 1942 nos señala expresamente que el contrato nulo no puede ser convalidado, a menos que la ley dispusiera lo contrario.

56 Contrariamente a lo dicho, en el artículo 274º inciso 8 del código civil se ha estipulado que es nulo el matrimonio de quienes lo celebran con prescindencia de los trámites preestablecidos. No obstante, el matrimonio queda convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión.

57Cfr. CUADROS, Ob. cit., p. 217.

58Ibidem., p. 213 afirma que cuando decimos que el acto jurídico nulo no produce efectos jurídicos, nos estamos refiriendo a que no produce los efectos jurídicos propios de su naturaleza, deseados o queridos por las partes.

Por tanto, la única alternativa viable para un negocio nulo es la institución denominada conversión⁵⁹.

f) POR LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

En lo concerniente a la prescriptibilidad⁶⁰ de las acciones, la acción de nulidad del acto jurídico en nuestro Código Civil prescribe a los diez años⁶¹, mientras que, la acción de anulabilidad a dos años.

CUADROS nos dice que la prescripción de la acción de nulidad tendría por objeto que el acto jurídico nulo adquiera validez por el transcurso del tiempo⁶².

Según nuestro Código Civil, el acto jurídico es absolutamente nulo por cualquiera de las causales señaladas en el artículo 219^o, puede, a los diez años, ser invulnerable y adquirir validez debido al tiempo⁶³ cuando en otras legislaciones la nulidad no es convalidable ni siquiera por la prescripción de la acción. Por lo que consideramos que esta la prescripción de esta acción conlleva a una suerte de convalidación tacita futura.

59 Ver entre otros DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; CONVERSIÓN DEL ACTO JURÍDICO en NEGOCIO JURÍDICO Y RESPONSABILIDAD CIVIL – ESTUDIOS EN MEMORIA DEL PROFESOR LIZARDO TABOADA CÓRDOVA, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004; LOHMANN, ob. cit., p. 563 y ss.; SCOGNAMIGLIO, CONTRIBUCIÓN...; p. 447; y TORRES, ob. cit., p. 692 y ss.

60La imprescriptibilidad de la acción de nulidad es un principio que no se encuentra reconocido en el código peruano y que, por el contrario, sí se halla consagrada en otros sistemas jurídicos como el italiano

61 *Vid.* Artículo 2001^o del Código Civil.

62CUADROS, ob. cit., p. 232-233.

63 Para Lizardo TABOADA CÓRDOVA; NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO, Segunda Edición, Editorial Grijley, Lima, 2002, p. 94 la prescripción de la acción de nulidad tampoco significa que el acto nulo se convalida por el transcurso del tiempo. Los actos nulos no son convalidables o confirmables por razón o causa alguna, tampoco por el cumplimiento voluntario de los mismos, ni por el transcurso del tiempo. Esta situación crea una falsa apariencia de validez del acto nulo. La solución a este dilema sería la de considerar que si bien la acción de nulidad ya no puede ser interpuesta al prescribir la misma por el vencimiento del plazo de ley, la parte contra la que se pretenda hacer valer el acto nulo, exigiéndosele su cumplimiento, tendría la posibilidad de defenderse, deduciendo la prescripción ya no como acción, sino como excepción. Sin embargo, en LEGAL EXPRESS – PUBLICACIÓN MENSUAL DE GACETA JURÍDICA S.A., Año 1, Número 05, Especial Arbitraje – Conciliación, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, mayo, en la página 10, se nos dice que los actos nulos nunca pueden confirmarse pero, por el transcurso del tiempo pueden convalidarse.

Se considera que, la acción de nulidad debe ser imprescriptible⁶⁴, sin embargo, el Código Civil de 1936 establecía un plazo prescriptorio de 30 años, reducido a 10 años en el actual cuerpo normativo. Según Taboadahubiera sido preferible optar por la imprescriptibilidad de la acción de nulidad⁶⁵. En el caso de la acción de anulabilidad, al operar la prescripción de dicha acción, se estaría confirmando tácitamente el acto anulable por la parte a quien corresponda. Consideramos que este plazo es congruente pues la acción de Anulabilidad legitima a la parte o partes afectadas por el vicio, es decir es de carácter lateral.

En el caso de las asociaciones 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

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 Durán⁶⁶, 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

⁶⁴Cfr. PALACIOS, ob. cit., p. 118.

⁶⁵Creemos conveniente indicar en esta parte, a manera de ejemplo, que la acción de nulidad del matrimonio no caduca en virtud del artículo 276º del Código Civil.

⁶⁶Mariella ALDANA DURAN, “ Impugnación Judicial de Acuerdos” , en Código Civil comentado. Tomo I Gaceta Jurídica Editores. 2005. p. 451

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 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 sededucen 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.

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.

La LGS en su art. 142 especifica el plazo prescriptorio de la Impugnación (Anulabilidad del Acuerdo Societario) y el art 150 de la nulidad, los cuales revisaremos más adelante en la presente investigación

g) POR LA NATURALEZA DE LA SENTENCIA

La sentencia en materia de nulidad es simplemente declarativa⁶⁷, es decir, se limita a constatar que se ha producido la causal de nulidad y que el negocio nunca ha producido efectos jurídicos. En ese sentido, se dice que:

“La declaración judicial de nulidad no es sancionadora sino reconocedora de una situación jurídica existente, cuyo efecto es eliminar la apariencia de validez del acto y otorgar el efecto erga omnes; por lo que resulta evidente el error en que se ha

67Cfr. PALACIOS, ob. cit., p. 117-118.

incurrido en la sentencia de vista, ya que no obstante que el Superior Colegiado ha considerado nulo en contrato de anticresis por incumplimiento de una formalidad de ley, concluye indicando que como ya era nulo de pleno derecho resulta un imposible jurídico declarar la nulidad de un instrumento nulo, soslayando mayúsculamente la naturaleza de la declaración judicial de nulidad. En consecuencia, no existe, en lo absoluto, imposibilidad jurídica alguna, y por el contrario, precisamente para ello existe la pretensión de Nulidad del Acto Jurídico.” (Cas. 1843-98-Ica, Normas Legales, T. 290)⁶⁸

La sentencia en materia de nulidad del negocio anulable es constitutiva, pues sólo surge por efecto de la sentencia cuando un interesado toma en cuenta la iniciativa de hacerla pronunciar por el juez⁶⁹, por ello, tiene efecto retroactivo a la fecha de celebración del negocio jurídico. Así se establece en el Código civil⁷⁰ en el art 222º. Por su parte, la sentencia es constitutiva por cuanto crea una nueva situación jurídica distinta a la preexistente⁷¹.

Cabe destacar que, Martín Belaúnde Moreyra no comparte esta posición, toda vez que de acuerdo a nuestro Código Civil tanto la nulidad absoluta como la relativa, tienen que ser declaradas judicialmente y en cualquiera de los dos casos las sentencias son declarativas, al menos en sus efectos, al retrotraerse al momento de la celebración del acto nulo o del acto anulable⁷².

h) POR SU TIPO

68 CAJAS, ob. cit., p. 60.

69BETTI, ob .cit., p. 410.

70 Código Civil peruano:

Artículo 222.- El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare. Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.

71 LAMA, Héctor; ¿Es precario quien posee un bien con título manifiestamente nulo?, en Diálogo con la jurisprudencia, Año 7, Número 34, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2001, p. 96.

72BELAÚNDE, Martín; Nulidad de contrato por simulación, en Folio Views – Explorador Jurisprudencial. Base de datos jurisprudencial 2001-2002. Diálogo con la Jurisprudencia. 6153 Resoluciones a texto completo. Gaceta Jurídica Editores, 2002.

La anulabilidad es expresa y viene siempre declarada directamente por la norma jurídica formal. La nulidad, en cambio, puede ser expresa o tácita.

6. NULIDAD VIRTUAL O TÁCITA

La nulidad tácita o virtual es aquella que, sin estar declarada directamente por el supuesto de hecho de una norma jurídica, se encuentra tácitamente contenida y se hace evidente cuando un acto jurídico en particular tiene un contenido ilícito, no sólo por contravenir las normas imperativas, sino también por contravenir un principio de orden público o las buenas costumbres⁷³.

Estas nulidades se infieren de una interpretación integradora del sistema jurídico en su totalidad, es decir exige para su determinación una interpretación, no sólo de la norma jurídica, sino también de las bases o fundamentos del sistema jurídico, conformado por normas imperativas, orden público y buenas costumbres.

La nulidad se deduce o infiere indirectamente del sistema jurídico, siendo innecesaria la exigencia de una prohibición textual o directa. Aquí radicaría la gran utilidad e importancia de la nulidad como mecanismo de salvaguarda del principio de legalidad. Como ejemplos tenemos el matrimonio entre personas del mismo sexo o la designación de un animal como heredero.

El conjunto de principios que constituyen el sustento de un sistema jurídico (orden público) así como las reglas de convivencia social aceptadas por todos los miembros de una comunidad como de cumplimiento obligatorio (buenas costumbres) y las normas imperativas en general⁷⁴ constituyen los límites dentro de los cuales los

⁷³El artículo 1343^o del código civil italiano de 1942, nos indica que la causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

⁷⁴Las causales referidas a la ilicitud del negocio por contravención a las normas imperativas, en forma expresamente sancionada o en forma virtual, excluyen a las que regulan la conformación de la estructura negocial, puesto que habría una duplicidad incesaría en la calificación que redundaría en establecer que todas las causales de nulidad tienen asidero en una trasgresión de normas imperativas. Por ello se debe aclarar de inmediato que las causales que pertenecen a este grupo se refieren a normas imperativas extrañas a la conformación estructural del negocio, y que, por lo general se refieren al orden público y a

particulares pueden celebrar válidamente actos jurídicos y contratos. Serán nulos sin necesidad de que exista una norma que así lo señale, los actos jurídicos que contravengan dichos límites⁷⁵.

El campo de actuación del orden público (entendido como los valores fundamentales del ordenamiento) y de las buenas costumbres (entendidas como los valores de los particulares en cuanto a moralidad y honestidad) encontraría su razón de ser en los casos en que no hubo previsión de una norma. Así, es clara la lógica del artículo 219º, cuando en su inciso 7, reconoce la categoría de nulidad textual y en su inciso 8 la de nulidad virtual o tácita.

Dentro de este tema, Messineo nos habla de tres tipos de contratos, actos o negocios jurídicos: el contrato ilegal, el prohibido y el inmoral⁷⁶.

El contrato cuando es contrario a normas imperativas especialmente prohibitivas, se convierte en un contrato ilegal porque se dirige contra los principios fundamentales y los intereses generales sobre los cuales descansa el ordenamiento jurídico estatal. A esto se nos agrega que, el sentido y alcance de orden público varía de lugar en lugar y de época en época.

También entendemos que cuando el contrato tiene una finalidad que choca con las buenas costumbres estamos ante un contrato inmoral. Aquí, el contrato repugna a las buenas costumbres las cuales son el conjunto de los principios que rigen bajo el nombre de moral social, es decir, las que de ordinario se practican por la generalidad de las personas honestas.

El concepto de costumbres a que se refiere el Código Civil es el hábito socialmente aceptado que no constituye fuente de derecho como lo es la costumbre jurídica y que

las buenas costumbres. Los negocios afectados por este grupo pueden en general ser catalogados como negocios ilícitos.

⁷⁵Vid. Artículo V del Código Civil.

⁷⁶MESSINEO, Francesco; Doctrina general del contrato, Tomo I, Traducción de R. Fontanarrosa, SentisMelendo y M. Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 485 y ss.

merece el calificativo de bueno por adecuarse a las reglas de la ética de una sociedad determinada⁷⁷.

Como ya hemos explicado, nuestro Código Civil solamente reconoce dos modalidades de invalidez o ineficacia estructural: la nulidad y la anulabilidad. No reconoce la inexistencia como categoría principal o accesoria de ineficacia por cuanto esta es una categoría que sólo se aceptaría en los sistemas que no aceptan la nulidad virtual, como consecuencia del principio que “no hay nulidad sin texto”, consagrado legalmente en algunos sistemas jurídicos, como el francés.

En tales sistemas, donde no se reconoce la nulidad virtual, es necesario prohibir los actos jurídicos cuyo contenido sea ilícito, privándolos de efectos jurídicos, acudiendo al concepto de inexistencia⁷⁸. Si es que en estos sistemas jurídicos, la aceptación o no de la figura de la nulidad virtual es de importancia fundamental, por cuanto, de la misma dependerá que se acepte o rechace la figura de la inexistencia⁷⁹.

7. CAUSALES GENÉRICAS DE NULIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

7.1. FALTA DE MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DEL AGENTE

Se configura la falta de la manifestación de voluntad del agente cuando falte tanto la voluntad declarada como la voluntad de declarar. En sentido estricto, nuestro Ordenamiento Civil debió preferir como causal a la falta de manifestación de una voluntad coherentemente formada ya que si hablamos de falta de manifestación de voluntad, estaríamos ante una ausencia de negocio jurídico, conforme a su artículo 140^o, como por ejemplo, la falta de manifestación de voluntad de uno de los cónyuges para la disposición de un bien social, estrictamente, no encajaría dentro de alguno de los supuestos. Sin embargo, este supuesto encuadra perfectamente en una falta de

⁷⁷ESPINOZA, Juan; Los principios contenidos en el título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984 – Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, Segunda Edición, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005, p. 279.

⁷⁸Cfr. PALACIOS, Ob. cit., p. 92-95

⁷⁹TABOADA, Lizardo; Acto jurídico, negocio jurídico y contrato, Editorial Grijley, Lima, 2002, p. 448.

manifestación de voluntad, la cual, no ha sido estructurada como debió hacerse. Ejemplificando lo dicho, los inmuebles sociales fueron dispuestos unilateralmente por el esposo, actos jurídicos que resultan viciados de nulidad absoluta, conforme al Art. 315 del mismo Código porque no intervino la cónyuge(Exp. N° 2273-97-Lambayeque, SCSS – El Peruano 09-12-98)⁸⁰.

Esta situación se podría ver superada solamente si entendemos que los supuestos de falta total de manifestación de voluntad que, en realidad constituyen inexistencia de acto jurídico, son semejantes a los supuestos de nulidad del negocio.

Nótese que, dentro de esta primera causal de nulidad contemplada en el artículo 219° del Código Civil debemos incluir, de acuerdo a nuestra legislación, los supuestos de incapacidad natural y declaración hecha en broma. Así como, los supuestos de error en la declaración y violencia física que son supuestos en los cuales también falta la voluntad, pero no están regulados como causales de nulidad sino de anulabilidad⁸¹.

Doctrinariamente, encontramos que los supuestos de esta primera causal de nulidad, serían:

7.1.1. INCAPACIDAD NATURAL

Son todos aquellos supuestos en que por una causa intrínseca e inherente a la persona, el sujeto se encuentra privado de discernimiento de tal forma que la declaración de voluntad que haya podido emitir aún cuando tenga un contenido declaratorio, no será una verdadera declaración de voluntad, por no existir la voluntad de declarar, la voluntad del acto externo y el conocimiento del valor declaratorio de la conducta⁸².

80 CAJAS, ob. cit., p. 59.

81 TORRES, Ob. cit., p. 696.

82TABOADA, Acto jurídico..., Ob. cit. pp. 176-177.

La incapacidad natural se manifiesta en el defecto de la aptitud para entender y discernir, y, en particular, aquel defecto que se basa en causa transitoria⁸³. La incapacidad natural es un supuesto de falta de declaración de voluntad por ausencia de la voluntad de declarar que no tiene relación alguna con el supuesto de la incapacidad legal, que es la ausencia de un requisito aplicable al sujeto.

Aquí, se puede hablar de los casos practicados en estado de inconsciencia o perturbación mental pasajera como la hipnosis, sonambulismo, embriaguez o enfermedad excluyente de discernimiento.

7.1.2. ERROR EN LA DECLARACIÓN

Este error, es comúnmente llamado también error obstativo es aquél que consiste en un *lapsus linguae*. Es una discrepancia inconsciente entre la voluntad declarada y la voluntad interna del sujeto. Aquí, aún cuando hay una voluntad de declarar, falta una verdadera voluntad declarada.

También en este caso el negocio debería ser nulo e imponerse como sanción la nulidad del acto jurídico. Sin embargo, como nuestro Código Civil ha asimilado el error en la declaración al error dirimente o error vicio o sea aquél ha sido incluido en la regulación del error vicio, el cual, es inherente a la formación de la voluntad, estableciendo como sanción la anulabilidad, por lo cual, no podemos incluir dentro de esta primera causal de nulidad al error en la declaración aún cuando es la sanción que le correspondería en sentido estricto.

7.1.3. DECLARACIÓN HECHA EN BROMA

Es una forma de declaración, que va destinada a cumplir un supuesto jurídico, pero el declarante la realiza con fines teatrales, didácticos, jactancia, cortesía o en broma

⁸³*Íbidem.*, p. 154.

propriadamente dicha y que consiste en un verdadero caso de discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada.

La nulidad se impone por el solo hecho de que existe conciencia de que no se está declarando una verdadera voluntad de celebrar un acto jurídico, no concurre uno de los componentes de la voluntad de declarar, siendo el acto jurídico nulo.

7.1.4. VIOLENCIA

En los supuestos de violencia falta también una verdadera manifestación de voluntad, por cuanto, no concurre la voluntad del acto externo. Sin embargo, nuestro Código Civil pareciera asimilar la violencia física a la intimidación o violencia moral, estableciendo como sanción la anulabilidad aún cuando, en sentido estricto, debería estar considerada dentro de este primer supuesto.

7.2. INCAPACIDAD ABSOLUTA

La Incapacidad Absoluta, es un supuesto de nulidad por ausencia de un requisito del acto jurídico, como es la capacidad de ejercicio, que debe concurrir con los elementos para que el acto jurídico sea válido.

El artículo 140° del Código Civil alude solamente a la capacidad legal de ejercicio y no a la capacidad natural, la cual, se encuentra inmersa en los supuestos de manifestación de voluntad.

Consideramos, que la redacción del articulado sería equivocada al admitir como única excepción lo dispuesto en el artículo 1358° del Código Civil, cuando realmente existen muchas más excepciones para los incapaces absolutos menores de 16 años, tales como, los supuestos regulados en los artículos 46°, 229°, 455°, 457°, 530°, 557° y 646°, entre otros.

7.3. OBJETO FÍSICA O JURÍDICAMENTE IMPOSIBLE O INDETERMINABLE

El Código Civil exige que el objeto del acto jurídico deba ser física y/o jurídicamente posible y determinable, dejando de lado el la menciona a la exigencia de la ilicitud del objeto.

La exigencia de la posibilidad física o jurídica para la validez del acto jurídico, implica que el bien esté dentro del comercio y alcance de los individuos. Es decir, no será un objeto física o jurídicamente posible si el bien estuviera fuera del comercio y la actividad económica. La posibilidad jurídica está referida a la conformidad de la relación jurídica con el ordenamiento jurídico. A modo de muestra, se consigna lo siguiente:

“(...) la transferencia de un bien ajeno convierte al objeto de la compraventa en jurídicamente imposible, porque no se puede vender el bien del cual no se es dueño, siendo nulo el acto jurídico.” (Cas. 1376-99-Huánuco, Normas Legales, T. 285, Febrero 2000)⁸⁴.

“Constituye causal de nulidad, si el objeto del acto jurídico deviene en un imposible jurídico (...). Es nulo el anticipo de legítima realizado por los cónyuges demandados a sus hijos, porque el inmueble fue vendido con anterioridad, y por tanto no podían disponer de un bien de que ya no les pertenecía.” (Exp. N° 4530-98 – Lima, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, 27-01-99)⁸⁵.

7.4. FIN ILÍCITO Y AUSENCIA DE CAUSA

El fin del acto jurídico, deberá de contener una doble dimensión: La causa abstracta-genérica-objetiva y la causa concreta-específica-subjetiva:

84 CAJAS, Ob. cit., p. 59.

85 MEZA, Ob. cit., p. 440.

“Todo negocio jurídico tiene siempre una finalidad abstracta, permanente y típica; pero, además, todo negocio tiene, no siempre manifestado expresamente, o puede tener un fin concreto perseguido por las partes como elemento determinante, incorporado a la declaración de voluntad como móvil impulsivo, el que, además, como requisito “Sine qua nom”, debe ser lícito y manifiesto para ser jurídicamente relevante.” (RJP., T. XLVI, p. 51) República Dominicana⁸⁶.

La causal de nulidad por fin ilícito deberá entenderse como aquel negocio jurídico cuya causa, en su aspecto subjetivo y objetivo, es ilícito por contravenir las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

En el inciso 4 del artículo 219^o del Código Civil, se sanciona con nulidad únicamente el acto jurídico cuyo fin sea ilícito de forma tal que al Código sólo le interesaría el aspecto subjetivo de la causa⁸⁷ pues si se hubiera tomado en cuenta su aspecto objetivo, se habría establecido, como causal de nulidad adicional, la del acto jurídico que no tuviera fin.

En nuestro ordenamiento jurídico, a nivel jurisprudencial se expresa lo antes dicho:

“Habrá fin ilícito, cuando respetándose aparentemente la forma del acto jurídico, se evidencia la intención de conseguir un efecto prohibido por la ley. En el presente caso no puede haber pronunciamiento sobre el fondo del asunto para determinar la nulidad de la escritura pública, ya que el fin ilícito debe resolverse en el proceso penal instaurado y aún no sentenciado.” (Cas. 2248-99-Tacna, Normas Legales, T. 293, Octubre 2000)

“(…) el acto jurídico es nulo cuando su fin sea ilícito; esta norma hace alusión a la finalidad del acto jurídico, la misma que exige que sea lícito, pues éste no puede servir de instrumento para realizar efectos antisociales, por ende, el legislador quiso eludir a

86 VEGA, Ob. cit., p. 34.

87Para Carlos CUADROS, ob. cit., p. 81, de acuerdo con la distinción que hace entre causa y fin, la licitud de la causa no es sino una aspiración del jurista que piensa que el derecho tiene siempre un fondo moral, pero esa creencia no impide que la parte tenga un propósito ilícito, que no confiesa.

la finalidad del acto como repercusión social y económica del negocio celebrado.”
(Exp. N° 1011-97-Lima, SCSS – EL Peruano 26-11-98)

Debemos también, mencionar que de acuerdo a la redacción del Código Civil, el fin es un elemento de validez del mismo acto jurídico. En consecuencia, se trataría, en realidad, del fin del propio acto jurídico, por lo que se referiría a las concepciones objetivas de la causa, lo que significa que dentro de nuestro sistema jurídico podemos hablar de fin o función típica y abstracta, fin o función social. En otros términos, para la validez del acto jurídico no sólo se requiere de un fin que, además, deba ser lícito sino que la causal de nulidad por ausencia de fin, podría deducirse perfectamente como un caso más de nulidad virtual, por contraposición al inciso 3 del artículo 140° de dicho Código.

Creemos pertinente anotar que, la ausencia de causal y la falsa causa o causa torpe tienen el mismo efecto que la causa ilícita, es decir, son causales de nulidad del acto jurídico. Una jurisprudencia española nos lo confirma al señalar que la causa del acto jurídico debe ser verdadera, real. La causa falsa o causa putativa –aquella que se supone existe no se da en realidad- se confunde con la inexistencia de la causa y, por tanto, produce la invalidez del acto. Quien alegue inexistencia o falsa causa, debe probarlo (RDP, T. XL, p. 477). España⁸⁸.

7.5. SIMULACIÓN ABSOLUTA

La simulación consiste en una discrepancia entre la voluntad declarada y la voluntad interna, realizada de común acuerdo entre las partes contratantes, a través del acuerdo simulatorio, con el fin de engañar a los terceros.

“(…) la simulación (…) consistente (…) en la celebración aparente de un acto jurídico sin que exista voluntad para ello, (…) la simulación requiere de la concertación de las dos partes para celebrar un acto jurídico aparente en perjuicio de terceros, en cambio el dolo permite la acción de solo una de las partes en perjuicio de la otra.” (Cas. N°

88 VEGA, Ob. cit., p. 33.

276-99-Lambayeque, Sala de Derecho Constitucional y Social, El Peruano 17-09-2000)⁸⁹.

La simulación es absoluta cuando existe un solo acto jurídico denominado simulado. Asimismo, la simulación es relativa cuando detrás del acto simulado permanece oculto uno verdadero, denominado disimulado. Tanto en la simulación absoluta como en la relativa, el acto jurídico simulado es nulo por cuanto no contiene la verdadera voluntad de las partes contratantes.

En la simulación relativa el acto disimulado, en la medida en que contenga todos sus requisitos de sustancia y forma, será válido por ser un acto jurídico real que contiene la auténtica voluntad de las partes⁹⁰.

Por lo expresado, no resulta congruente que el inciso 5 del artículo 219^o del Código Civil sancione con nulidad únicamente al acto jurídico simulado en la simulación absoluta.

7.6. AUSENCIA DE FORMALIDAD PRESCRITA BAJO SANCIÓN DE NULIDAD

Los actos jurídicos formales, solemnes o con formalidad *ad solemnitatem* serían, entre otros, el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, el testamento, la donación de bienes muebles en algunos casos, la donación de bienes inmuebles, el mutuo entre cónyuges, el suministro a título gratuito, el secuestro, la fianza y la renta vitalicia.

Esta causal trata de un típico caso de nulidad por ausencia de un elemento, vale decir, la forma impuesta por la ley bajo sanción de nulidad. Aunque hay que tener presente

89 MEZA, Ob. cit., p. 442.

90 Según el artículo 1414^o del código civil italiano de 1942 el contrato simulado no produce efecto entre las partes. Si las partes han querido celebrar un contrato diverso del aparente, tiene efecto entre ellas el contrato disimulado, siempre que subsistan los requisitos de sustancia y de forma de este último. *Vid.* LOHMANN, Ob. cit., p. 540.

que la formalidad no sólo la impone la ley, sino también la voluntad de los celebrantes, siempre que se respete el interés público. Esto se llama formalidad convencional.

Por su parte, Palacios arguye que los artículos 1411^o y 1412^o del Código Civil hacen mención expresa a una formalidad solemne convenida por las partes lo cual contradice al principio de legalidad de la invalidez que consiste en que la ley es la única capaz de establecer alguna causal de nulidad.

La forma es requisito de validez sólo cuando la ley lo prescribe bajo sanción de nulidad. Por ello, el acto solamente se perfecciona con el total cumplimiento de las formalidades prescritas. A modo de muestra, se indica que:

“No puede ampararse la nulidad del acto jurídico de mutuo con garantía hipotecaria bajo argumento que en la minuta que se presentó en la notaría para su elevación a documento público se falsificó la firma del letrado. El resultado del proceso penal no puede afectar la validez del acto jurídico que se cuestiona, pues, la suscripción de la minuta por el abogado constituye una formalidad de la naturaleza y efectos administrativos que no contamina la libre voluntad de las partes. (Exp. N° 3060-98-Lima, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, 13-10-98)⁹¹.

7.7. NULIDAD TEXTUAL O EXPRESA

Las nulidades expresas son aquéllas que vienen dispuestas por un texto legal, mientras que, las nulidades virtuales son aquéllas que se producen cuando un acto jurídico contraviene una norma imperativa, el orden público o las buenas costumbres⁹².

7.8. NULIDAD VIRTUAL O TÁCITA

El último inciso del artículo 219^o del Código Civil hace referencia directa a los supuestos de las nulidades tácitas o virtuales. Aquí, la nulidad viene impuesta por el

91 MEZA, Ob. cit., p. 440.

92 Ejemplos de nulidades expresas en nuestro código civil son: el artículo 274^o para el matrimonio, el artículo 865^o para la partición hecha con preterición de algún heredero, el artículo 1543^o para la compraventa, el artículo 1972^o para la renta vitalicia, el artículo 1932^o para la cesión de la renta.

hecho de que el negocio jurídico contraviene uno de los fundamentos o pilares del sistema jurídico.

A criterio de Torres⁹³, aquí referimos, por un lado, a las normas imperativas o que son de cumplimiento obligatorio y no derogables por las partes; y, por otro lado, al orden público, que son el conjunto de principios fundamentales de diversa índole que constituyen la base social sobre la cual se asienta la comunidad como sistema de convivencia jurídica, garantizan un ambiente de normalidad con justicia y paz.

“Que, cuando el acto jurídico es nulo, además de otras causales, cuando es contrario a leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres. Que la anotada causal, sustantiva de nulidad se fundamenta en la limitación de la autonomía de la voluntad en razón a que los actos jurídicos se celebran contraviniendo normas imperativas que son la expresión del orden público; estas nulidades no operan automáticamente, sino que los jueces tienen la facultad de declararlas con el sustento de la norma imperativa contravenida por la autonomía privada, por lo general estas nulidades están integradas a las normas prohibitivas provenientes del conjunto del ordenamiento jurídico.” (Cas. 1021-Huaura, SCSS – El Peruano 11-05-098)⁹⁴.

“Resulta indudable que la venta de un bien ajeno, sin autorización o consentimiento de su verdadero propietario del inmueble es un contrato contrario a las leyes que interesan al orden público.” (Cas. 1376-99-Huánuco, Normas Legales, T. 285, Febrero 2000)⁹⁵.

93TORRES, Ob. cit., p. 699

94 CAJAS, Ob. cit., p. 60.

95Íbidem., p. 59.

CAPITULO II

LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIETARIOS

1. NOCIONES GENERALES

Es preciso, comenzar el siguiente capítulo, definiendo que las sociedades se forman con el fin de potenciar el esfuerzo individual para conseguir fines inasequibles; de tal manera que, el fin individual se convierte en social, colectivo o común. Para alcanzarlo se precisa de un sistema unificado de vínculos, una disciplina de grupo, un ordenamiento que limite la actuación individual e impulse la actuación unitaria o de conjunto al que llamamos Derecho societario.

Así, en el desenvolvimiento habitual de la marcha societaria confluyen una serie de intereses que involucran no sólo a los accionistas sino también a terceras personas e incluso al Estado.

En este sentido, la formación de la voluntad social, que se entiende como distinta a la voluntad propia de los accionistas aunque no es contradictoria, debe ser regulada por un marco normativo que permita o que al menos procure que los diversos intereses en juego no sean perjudicados por actos contrarios al orden público imperante⁹⁶.

96 VEGA, Jorge; Impugnación y nulidad de acuerdos societarios; En: Tratado de Derecho Mercantil, Tomo I, Derecho Societario, 2da edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 525.

En sus inicios, las sociedades anónimas no pasaban de ser pequeñas compañías generalmente integradas por personas que se encontraban unidas por vínculos de parentesco o amistad. Con el devenir del desarrollo económico y el aumento de la actividad mercantil, la sociedad anónima se ha convertido en la forma empresarial de mayor aplicación en la cual no priman las cualidades personales de los socios (*intuitu personae*), sino su aporte de capital (*intuitu pecuniae*).

Así, las sociedades (principalmente las sociedades de capital) se encuentran conformadas en su interior por diversas clases de socios o accionistas, entre los que podemos hallar a los socios inversionistas cuyo interés en la sociedad radica, en principio, en obtener una mayor ganancia o dividendo; en situación opuesta encontramos a los socios gestores quienes se muestran más interesados en la administración directa de la sociedad.

La coexistencia al interior de la sociedad de estos intereses antagónicos suelen provocar disputas entre los socios que bien pueden solucionarse democráticamente en las deliberaciones de la Junta General de Accionistas. Sin embargo, en algunas ocasiones los acuerdos sociales que se adoptan en las juntas generales de accionistas no terminan resolviendo el conflicto, sino que además se convierten en la causa de uno nuevo, debiendo trascender el asunto al ámbito judicial a través del derecho del accionista a impugnar los acuerdos societarios a fin de lograr que se declare judicialmente la invalidez de los acuerdos adoptados por la junta general por cuanto afectan sus intereses o los intereses de la sociedad.

La impugnación de los acuerdos societarios es un tema arduamente discutido que ni aún las legislaciones que contienen normas especiales sobre la materia han podido resolver satisfactoriamente. Como señalábamos la sociedad anónima fue utilizada para desarrollar pequeños negocios familiares (sociedad cerrada) por lo que la posibilidad de que surjan conflictos internos era reducida; empero, actualmente, las sociedades tienden a ser abiertas a cualquier inversionista interesado en aportar capitales, aumentando con ello el riesgo de controversias entre sus socios.

No fue sino hasta mediados del presente siglo en que las legislaciones mercantiles empiezan a regular formalmente y de manera expresa la impugnación de los acuerdos sociales, debido a la necesidad de reconocer el derecho de los socios a cuestionar judicialmente la validez de los acuerdos societarios que lesionen sus intereses o los intereses de la sociedad o que sean contrarios a la ley, estatutos o al pacto.

En el Perú, con la Ley de Sociedades Mercantiles N° 16123 de 1966 se establece expresamente la facultad de impugnar los acuerdos de la Junta General de Accionistas. Posteriormente, la derogada Ley General de Sociedades aprobada por Decreto Supremo N° 311, recoge el mismo tratamiento contemplado en la Ley de Sociedades Mercantiles. Desde entonces y con la vigente Ley General de Sociedades - Ley 26887, en adelante LGS, se discute aún si el tratamiento legal y la jurisprudencia dictada sobre la invalidez de los acuerdos sociales, viene resolviendo satisfactoriamente las necesidades mercantiles o si resulta irrelevante habida cuenta que existen reglas generales que disponen la nulidad de los actos jurídicos en general.

La junta general de accionistas, en adelante JGA, es considerada el órgano más importante dentro de la estructura de la sociedad anónima, pues a través de ella se ve formada la voluntad social cuyos acuerdos tomados por mayoría obligan a todos los accionistas incluso a aquellos que no asistieron a la junta o a los que votaron en contra. Sin embargo, como lo señala GARRIGUES⁹⁷ a pesar de todo, la intervención directa en la vida económica de la sociedad está en manos de los administradores y estos son los que dirigen realmente la empresa y en realidad la junta sólo ejerce un control a posteriori de su gestión, censurando la memoria, las cuentas y el balance de cada ejercicio social, haciendo su función aunque teóricamente relevante, más formal y aparente que real⁹⁸.

Sin embargo, como órgano supremo de la sociedad, le corresponde a la JGA adoptar los acuerdos que se correspondan con los fines e intereses de la sociedad así como controlar la legitimidad de los acuerdos a través de los mecanismos previstos en la LGS: la impugnación de los acuerdos societarios o la nulidad de los mismos; como facultad reservada a aquellos accionistas o terceros con legítimo interés que asumen la responsabilidad de cautelar los intereses de la sociedad, el pacto social y el estatuto. Bajo este contexto, determinar los efectos del ejercicio de ambos supuestos

97 GARRIGUES, Joaquín, Problemas actuales de la sociedad anónima, citado por URÍA, Rodrigo, MENENDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel; Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, Tomo V, La Junta General de Accionistas; Civitas, Madrid, 1992, p. 19.

98 Así lo sostiene también GUYENOT, con esta salvedad, la asamblea constituida por una mayoría parece tener poderes muy amplios. Más una particularidad funcional provoca su debilitamiento: la mayor parte de los accionistas no asisten a las asambleas y los que lo hacen opinan aprobando ciegamente las resoluciones preparadas por los órganos de administración de la sociedad. GUYENOT, Jean: Curso de Derecho Comercial, citado por ELIAS, Enrique, Derecho Societario peruano, Tomo I, 2da. Edición, Normas Legales, Trujillo, 2002, p. 299.

así como la contradicción que aparentemente se presenta al realizar un estudio sistemático de la norma, es materia del presente trabajo, como de desarrollará a continuación.

1.1. LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

La JGA es considerada el órgano más importante dentro de la estructura de la sociedad anónima, pues a través de ella se ve formada su voluntad social cuyos acuerdos tomados por mayoría, obligan a todos sus accionistas inclusive a aquellos que no asistieron a la junta o a los que votaron en contra. Sin embargo, la intervención directa en la vida económica de la sociedad está en manos de los administradores y estos son los que dirigen realmente la empresa y en realidad la JGA sólo ejerce un control a posteriori de su gestión, censurando la memoria, las cuentas y el balance de cada ejercicio social, haciendo su función aunque teóricamente relevante, más formal y aparente, que real⁹⁹.

Como órgano supremo de la sociedad, le corresponde a la JGA adoptar los acuerdos que se correspondan con los fines e intereses de la sociedad y controlar la legitimidad de los acuerdos a través de los mecanismos previstos en la LGS: la impugnación de los acuerdos societarios o la nulidad de los mismos; como facultad reservada a aquellos accionistas o terceros con legítimo interés que asumen la responsabilidad de cautelar los intereses de la sociedad, el pacto social y el estatuto. Subrayo que, intentar determinar los efectos del ejercicio de ambos supuestos así como la contradicción que aparentemente se presenta al realizar un estudio sistemático de la norma, es la materia del presente trabajo, pues si bien la LGS establece los medios para impugnar los acuerdos, no es muy clara sobre los efectos de ambos supuestos.

En sus orígenes, la sociedad anónima no contaba con una JGA como instrumento de formación de la voluntad social¹⁰⁰, en su lugar, tenía un acentuado carácter oligárquico¹⁰¹ pues se regían generalmente por un directorio con amplísimas facultades y poderes, nombrado inicialmente por los reyes y más tarde por los grandes accionistas, constituyéndose en una especie de consejo que gradualmente adquiere

99 Cfr. ELIAS, Enrique; Derecho Societario peruano Tomo I, 2da. Edición, Normas Legales, Trujillo, 2002.

101 URÍA, Rodrigo, MENENDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel; Ob.cit. p.15.

para sí la facultad de elegir a los directores y acordar todo lo conveniente para los intereses de la sociedad¹⁰².

La doctrina señala tres ciclos evolutivos de la participación de los socios en la sociedad anónima¹⁰³. El primero durante el cual el poder de los administradores es casi omnímodo y la intervención de los socios prácticamente inexistente; el segundo se caracteriza por un intento de democratización de la sociedad por acciones que se basa en la creación de las asambleas de socios con poderes de nombramiento y fiscalización de la labor de los administradores; y el tercero que se plasmó en las legislaciones del siglo XIX, donde aparece definida la JGA como órgano expresivo de la voluntad social sobre la base del principio de la mayoría que ofrece a todo accionista la posibilidad de influir con su voto en la dirección de la vida social.

Así, la junta puede ser definida 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 competencia¹⁰⁴.

Para determinar la naturaleza jurídica de la JGA, podríamos revisar distintas posturas que ofrece la doctrina. Así, la teoría de la JGA como continuadora de la junta constitutiva. Esta teoría entiende que la JGA es el órgano supremo de la sociedad, pues sería la misma asamblea constitutiva que seguiría actuando durante la vida de la sociedad de ahí provienen sus facultades para revocar a los directores, disponer la disolución anticipada, etc.¹⁰⁵.

Sin embargo, esta posición ha sido criticada por HALPERIN quien señala que la JGA no posee tal calidad suprema, puesto que sus decisiones pueden ser resistidas por el accionista, el síndico o algún director y pueden ser impugnadas cuando sean violatorias de la ley, del estatuto o del reglamento. Sólo estaríamos ante una asamblea soberana, cuando se reúne la totalidad de sus miembros y se resuelve por unanimidad.

En ese sentido, el autor considera que la JGA en realidad es un órgano integrante del sistema de gobierno y administración, creada por la ley para el funcionamiento de la

102 Cfr. URÍA, Rodrigo, MENENDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel; Op. cit. p.15- 16.

103 Al respecto, tomamos como referencia lo señalado por ELIAS, Enrique, Op. cit. p. 297 y ss.

104 URÍA, Rodrigo, MENENDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel; Op. cit. p.23.

105 RIVAROLA, Mario, citado por HALPERIN, Isaac, sociedades Anónimas, 2da edición, Desalma, Buenos Aires, p. 660.

sociedad¹⁰⁶, que refuerza la idea de que la sociedad tiene una voluntad distinta a la de los socios, representada por la JGA, de tal manera que, en ocasiones, la voluntad social puede no coincidir con la voluntad de algún socio quien considera afectados los intereses de la misma; y quien por su condición, mantiene el derecho de contradecir esta voluntad, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por la ley.

De otra parte, otros autores sostienen que la JGA no es más que la reunión de socios efectuada con el fin de deliberar sobre el funcionamiento y gobierno de los negocios societarios¹⁰⁷. En este sentido, no es la asamblea la que decide sobre el desarrollo de la sociedad, sino los socios reunidos en la misma¹⁰⁸. Así, RIVAROLA sostiene que la JGA sólo se puede considerar por lo que jurídicamente significa, es decir, actos de las personas miembros de la sociedad anónima o al servicio de la misma, que tienen por efecto producir su vinculación jurídica¹⁰⁹.

Sin embargo, debe entenderse que, desde el momento en que se constituye la sociedad, y con su posterior inscripción en los registros públicos, tenemos a una persona jurídica distinta de sus miembros con una voluntad propia que se expresa a través de las decisiones de su JGA. Así lo entiende nuestra LGS cuando señala en su artículo 111^o que la JGA es el órgano supremo de la sociedad. En este sentido, nuestra jurisprudencia señala que de acuerdo con nuestro ordenamiento legal, toda sociedad anónima constituye una persona jurídica con vida propia, independiente de los miembros (o accionistas) que la conformen y, por ende, sujeto de derechos y obligaciones¹¹⁰.

1.2. COMPETENCIA DE LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

En cuanto a la competencia de la JGA, nuestra LGS elimina la distinción entre juntas ordinarias y extraordinarias entendiendo que ambas son expresión de la voluntad social y que sólo se diferencian en el tiempo en el que se convocan. Por esta razón, reserva para la junta obligatoria anual (que debe convocarse dentro de los tres

106 HALPERIN, Isaac, Op. cit. p. 661.

107 LOPEZ TILLI, Alejandro, Las asambleas de accionistas, Editorial abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, p. 53.

108 *Ibidem*.

109 Citado por LOPEZ TILLI, Alejandro, Op. cit. p. 53.

110 Exp. N° 539-7-97-Lima, 19.05.1997, En: Pioner de Jurisprudencia, publicación mensual de Diálogo con la Jurisprudencia, Enero 2004, Año 1, N° 7, p. 3.

primeros meses del año) asuntos como la gestión social y los resultados económicos del ejercicio anterior, la aplicación de utilidades, elección de miembros del directorio, la designación o delegación en el directorio, la elección de auditores externos y la resolución de los demás asuntos que le sean propios¹¹¹.

Por otro lado, entre las otras atribuciones de la JGA tenemos, modificación del estatuto, aumento o reducción del capital social, emisión de obligaciones, enajenación en un solo acto de activos cuyo valor exceda el 50% de su capital, la reorganización de la sociedad y la liquidación y resolución de cualquier otra cuestión que requiera el interés social¹¹².

Por su parte, el art 233° de la Ley de Sociedades Comerciales argentina dispone que las asambleas tienen competencia exclusiva para tratar los asuntos incluidos en los art. 234° y 235° sus resoluciones, conformes con la ley y el estatuto, son obligatorias para todos los accionistas salvo lo dispuesto en el art. 245° y deben ser cumplidas por el directorio.

La legislación argentina divide la materia de competencia entre los dos tipos de junta que contempla; la asamblea ordinaria que será competente para temas como la aprobación del balance general, estado de resultados, distribución de ganancias, memoria e informe del síndico y toda medida relativa a la gestión de la sociedad que le competa resolver conforme a ley y al estatuto. Designación y remoción de directores, síndicos y miembros del consejo de vigilancia, determinación de su responsabilidad. Aumento de capital. Y la asamblea extraordinaria que será competente para considerar y resolver todos los asuntos que no sean competencia de la asamblea ordinaria y además, reducción y reintegro de capital, rescate, reembolso y amortización de acciones, fusión, transformación y disolución de la sociedad, limitación suspensión del derecho de suscripción preferente de acciones, emisión de obligaciones. La legislación española también hace la distinción entre junta general ordinaria y extraordinaria, reservando para la primera la facultad de censurar la gestión social, aprobar en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado¹¹³; ésta debe convocarse dentro del primer semestre de cada

111 Ver Art. 114° de la Ley General de Sociedades.

112 Ver Art. 115° de la Ley General de Sociedades.

113 Art. 95° de la Ley de Sociedades Anónimas española.

año; mientras que las juntas extraordinarias, son competentes para conocer cualquier asunto que así lo requiera el interés social.

Una vez establecida la competencia de la JGA, podemos deducir también los límites al poder que la ley le otorga, en la medida en que es considerada el órgano supremo de la sociedad; con ese criterio tenemos que la JGA encuentra sus límites en:

- i) Decidir sobre los asuntos propios de su competencia

- ii) Los acuerdos no deben ser contrarios a las leyes que interesan al orden público, a las buenas costumbres, al pacto social o al estatuto.

- iii) Los acuerdos no deben vulnerar los derechos individuales de los accionistas ni de los terceros contratantes con la sociedad.

- iv) Sus decisiones siempre deben inspirarse en el interés de la sociedad.

- v) Para tomar sus acuerdos, la JGA debe cumplir con las formalidades exigidas por la ley.

Bajo esta premisa, estudiaremos más adelante cómo a través de los límites impuestos a la JGA, el socio o el tercero de ser el caso, encuentran la legitimación para discutir los acuerdos a los que pueda arribar la misma.

1.3. EL ACUERDO SOCIETARIO

El acuerdo societario (vehículo de expresión por el que la sociedad anónima declara su voluntad) es un negocio jurídico unilateral¹ por el que los socios pretenden autorregular los intereses privados de la sociedad, a fin de realizar su objeto social.

Así, el acuerdo societario es un negocio jurídico unilateral pues la voluntad productora de efectos jurídicos es del órgano societario (si bien se forma por la coincidencia de una serie de voluntades individuales que se funden entre sí)², que es la Junta General

de Accionistas -JGA-, órgano máximo de la sociedad, que constituye un ente autónomo de sus socios en general (y ergo también de los socios participantes en la JGA que votaron a favor del acuerdo).

Este negocio jurídico, a su vez, tiene particularidades propias, pues pertenece al Derecho Mercantil, requiriendo funcionalidad, dinamismo y operatividad para su desarrollo en el tráfico comercial, para lo cual la facultad de adaptación, simplificación jurídica y seguridad del tráfico constituyen ejes fundamentales, por lo que la normativa especial (Ley General de Sociedades -en adelante, LGS-), que se sostiene sobre estos fundamentos, prima por sobre la general (Código Civil -en adelante, CC-, entre otros).

1.4. OBLIGATORIEDAD DE LOS ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

Las decisiones que se adopten en la JGA son obligatorias en la medida en que representan la voluntad social a la que se encuentran sometidos los accionistas de la sociedad y representan el acuerdo de la mayoría. Así, lo establece nuestra LGS en su artículo 111^o cuando señala que todos los accionistas incluso los disidentes y los que no hubieran participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la JGA. Esta sumisión también encuentra limitaciones, por ejemplo, no podría decirse que los accionistas se encuentren vinculados obligatoriamente frente a los acuerdos evidentemente contrarios a la ley, aunque hubiesen votado a favor del mismo.

Subráyese que, las decisiones de la JGA se toman por mayoría de votos. Así, esta instancia funciona bajo el principio democrático de la mayoría, combinado con el principio capitalista que transforma la democracia en plutocracia, el sentido de que, la mayoría no se forma por personas sino por participaciones de capital¹¹⁴.

La legitimidad del acuerdo viene dada a su vez por el cumplimiento de los requisitos formales para la toma de los mismos y su concordancia con el interés social de ahí que todo acuerdo contrario a este puede ser legítimamente impugnado por los accionistas. En este sentido, señalan URÍA y MENENDEZ que la JGA es el órgano corporativo por excelencia en el que se forma la voluntad social por la fusión de las voluntades individuales de los socios de ahí que sólo puedan valer como

114 Cfr. URÍA, Rodrigo, MENENDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel; Op. cit. p.27.

manifestaciones de voluntad, las decisiones que estén tomadas en una asamblea convocada, reunida y celebrada con arreglo a las formalidades exigidas por el ordenamiento legal y por los estatutos en su caso¹¹⁵.

1.5. EL INTERES SOCIAL

Es importante reiterar la finalidad con la que se constituye la sociedad; cada miembro lo hace ponderando que resultaba más beneficioso buscar el lucro en forma conjunta y asociada para que de manera individual, de modo que, al unir sus voluntades pusieron un límite a sus propias facultades jurídicas, comprometiéndose a buscar la satisfacción de sus intereses particulares por medio de la satisfacción de los intereses de la sociedad.

Entonces, el interés social y el objeto social constituirán el marco de referencia sobre el que recae la legitimidad de la impugnación de los acuerdos. Sobre la definición y alcance del denominado interés social la doctrina establece distintas posiciones.

Por un lado, existen posturas que señalan que el interés social representa una imposibilidad natural y lógica. Por otro lado, la teoría institucionalista considera la existencia de un interés independiente de los socios que integran al ente, que trasciende e incluso entra en conflicto con el interés objetivo de sus socios. Por su parte, el contractualismo sostiene que el interés social debe interpretarse como el interés común de los socios. Este interés común, a decir de Manovil¹¹⁶ forma parte de la causa-fin del contrato plurilateral de sociedad por lo que el interés social no es otra cosa que el común denominador del interés jurídico de los socios, así debe entenderse como la garantía de protección a los socios que resguardan la esencia de la causa-fin de la sociedad y del vínculo de aquellos con esta. Asimismo, afirma que la noción de interés social no constituye un elemento superpuesto a los socios, sino que la sociedad debe ser vista como un instrumento para lograr su finalidad común.

Se debe tener en cuenta sin embargo que las sociedades anónimas son sociedades de capitales y, en este sentido, su voluntad social no se forma con la coincidencia de la mayoría de las voluntades de los socios, sino con la mayoría de capitales.

115Cfr. URÍA, Rodrigo, MENENDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel; Op. cit. pp.28-29.

116 MANOVIL, Rafael, citado por LOPEZ TILLI, Op. cit, p. 349.

En este contexto, la voluntad individual de los socios se encuentra supeditada al interés social, de esta manera, no podemos hablar de intereses encontrados (por un lado el interés social y por otro el interés individual del accionista), sino más bien de intereses que van en un mismo sentido porque, al haber aceptado formar parte de la sociedad el accionista convierte su interés particular, en el interés social y por esta razón encuentran la legitimidad para discutir o impugnar aquellos acuerdos en los que se haya vulnerado el interés social. Nótese que, el derecho de impugnación de los acuerdos no es el ejercicio de un derecho individual del accionista para cautelar sus intereses; sino que persigue la protección de los intereses de la sociedad que, en definitiva, también son los del accionista.

2. LA DISCUSION DE LOS ACUERDOS SOCIETARIOS

El derecho de impugnación es uno de los principales mecanismos de control que la LGS reconoce a favor de los socios¹¹⁷ y aunque no se encuentra expresamente previsto en el artículo 95^o de la LGS es uno de los más valiosos derechos con que cuentan los socios para defender sus intereses dentro de una sociedad¹¹⁸; pues a través de este derecho cualquiera de ellos puede cuestionar la validez de los acuerdos adoptados en JGA, haya o no asistido a aquella. Entonces, se trata de una especie de control indirecto para impedir que la mayoría capitalista exceda sus facultades en perjuicio de la minoría.

Sin embargo, esta facultad de la minoría debe verse limitada también de su ejercicio abusivo y caprichoso frente a las acciones de impugnación, pues no debe perderse de vista que la facultad de los accionistas para impugnar los acuerdos no viene dada para cautelar sus intereses individuales, sino los intereses de la propia sociedad.

Para URÍA y MENEDEZ la impugnación de los acuerdos, es un instrumento adecuado para constreñir a los poderes mayoritarios a no rebasar en su actuación los límites de sus propias facultades. Sin duda el principio mayoritario es el único que permite el funcionamiento práctico de las sociedades anónimas, pero tampoco hay que dejar a los accionistas minoritarios, totalmente a merced de la mayoría cuando esta, con

117 BEAUMONT, Ricardo; Comentarios a la Ley General de Sociedades, 6ta edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 372.

118 TORRES, Manuel Alberto; El derecho de impugnación de los acuerdos societarios, En: Tratado de Derecho Mercantil, Tomo I, Derecho Societario, 2da edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 553.

olvido de sus deberes, lesiona los intereses comunes a todos los accionistas o infringe los mandatos de la ley y de sus propios estatutos¹¹⁹.

Por otro lado, el postulado de la soberanía de la JGA no debe impedir que los acuerdos de este órgano social puedan ser combatidos judicialmente cuando exista en ello un interés digno de protección jurídica¹²⁰.

En ese sentido, la legislación alemana (Código de Comercio de 1897 y la Ley de Sociedades Anónimas de 1965) reconoce el derecho de impugnación de los acuerdos sociales contrarios a la ley y al estatuto; distinguiendo los acuerdos nulos de pleno derecho y los acuerdos meramente anulables y estableciendo como causa de impugnación además que en el acuerdo impugnado haya buscado algún accionista por medio de su derecho de voto obtener para sí o para un tercero ventajas especiales extrañas a la sociedad y en detrimento de esta y sus accionistas.

Por su parte, la legislación española (ley de sociedades anónimas de 1989) establece la posibilidad de impugnar los acuerdos de la JGA que sean contrarios a la ley, que se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad; de tal manera que para solicitar la nulidad o anulabilidad de un acuerdo, se utiliza la misma acción de impugnación, variando en los plazos de caducidad de acuerdo a la naturaleza de la pretensión. Bajo este escenario, la sociedad aún cuando haya interpuesto la demanda de impugnación del acuerdo tiene dos posibilidades. Por un lado, revocar el acuerdo, esto es, dejarlo sin efecto o por otro lado, reemplazar el acuerdo por otro, el mismo que tendría efectos retroactivos respecto del acuerdo reemplazado¹²¹.

A nivel nacional, nuestra LGS realiza un tratamiento separado de las causas de impugnación y nulidad de los acuerdos, entendiendo que se trata de instituciones diferenciadas por los principios en los que se basa la nulidad absoluta; interés tutelado, gravedad de la causal y personas que pueden invocarla¹²² y por otro lado, la

119 URÍA, Rodrigo, MENENDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel; Op. cit. p.305.

120 Preámbulo de la Ley de sociedades anónimas española de 1951, En: URÍA, Rodrigo, MENENDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel; Op. cit. p.18.

121 Al respecto, un tratamiento detallado del tema lo realizan URÍA, MENENDEZ y OLIVENCIA, en Op. cit. p. 328 y ss.

122 BEAUMONT, Ricardo; Comentarios a la Ley General de Sociedades, 6ta edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 372.

existencia de acuerdos que, si bien pueden vulnerar inicialmente el pacto social o el estatuto, pueden ser revocados o sustituidos por la propia sociedad.

El fundamento para establecer una diferencia entre la impugnación y la nulidad de los acuerdos radica en la naturaleza del vicio o defecto del que adolecen los mismos y en relación al nivel de influencia que posteriormente desencadenen tales acuerdos. Es decir, si los acuerdos permanecen en el fuero interno de la sociedad y únicamente afectan a los accionistas, estos serán los únicos interesados en impugnar los acuerdos; pero si los acuerdos determinan consecuencias que trascienden los intereses de los accionistas, el ordenamiento jurídico prevé la acción de nulidad a favor de aquellos que tengan un legítimo interés en contradecirlos.

El establecer dos vías diferenciadas para impugnar los acuerdos de la JGA no es exclusivo de nuestra legislación, por ejemplo, la Ley de 1951 española refería que se ha procurado extraer las enseñanzas ajenas y de las propias para llenar el vacío observado en nuestra legislación para la distinción entre los acuerdos sociales que por su índole deben reputarse radicalmente nulos y respecto de los cuales la acción impugnativa no debe estar sujeta a caducidad y, aquellos otros simplemente anulables cuya impugnación queda sometida a un plazo corto de caducidad, transcurrido el cual el acuerdo se hace inatacable¹²³. Más aun notamos que en la Ley española de sociedades Anónimas de 1989 se establecen las dos vías de impugnación, tal es así que en su art 115° encontramos:

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 más 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

123 Preámbulo de la Ley de 1951 española, En: URÍA, Rodrigo, MENENDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel; Op. Cit. p.18.

impugnación, el Juez otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada.

Por último a nuestro parecer, en nuestro ordenamiento, pese a la redacción confusa de algunos de sus artículos, tal es la interpretación errada de ambas acciones que es necesario que a través de un análisis sistemático de la Ley General de Sociedades, se pueda llegar a concluir que existen dos vías distintas para cuestionar la validez de los acuerdos societarios: la impugnación (por anulabilidad) y la de declaración de nulidad (absoluta), cada una por causales propias y excluyentes, con rutas procedimentales y plazos de caducidad distintos, cuyas particularidades se explicaran detalladamente en este trabajo.

En tal sentido, bajo ningún supuesto podría asimilarse ambas vías y, consecuentemente, considerarlas como alternativas, pues tal interpretación resulta manifiestamente errada.

2.1. IMPUGNACION DE LOS ACUERDOS SOCIETARIOS

En efecto, el artículo 139º de la LGS señala que pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la JGA 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. Además pueden impugnarse los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la ley o en el código civil, que a decir de BEAUMONT se trata de la impugnación de acuerdos adoptados por defecto de convocatoria o falta de quórum¹²⁴.

VEGA sostiene que en sentido genérico, el derecho de impugnación de los acuerdos societarios representa el derecho subjetivo de todo accionista y de cualquier tercero con legítimo interés de solicitar se declare la invalidez, por ende, la ineficacia de los acuerdos adoptados por la JGA en razón a un defecto sustancial en su contenido o formulación¹²⁵.

124 BEAUMONT, Ricardo; Comentarios a la Ley General de Sociedades, 6ta edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 372.

125 VEGA, Jorge, Op. cit. p. 526.

Por otro lado, existe un requisito para poder interponer la demanda, es la existencia de un daño a los intereses de la sociedad. Creemos que en este caso, el daño debe ser concreto (presente o futuro) y la carga de la prueba le corresponderá al accionista impugnante. Este requisito se impone para evitar las demandas maliciosas o que en último caso perjudiquen los intereses de la sociedad. Lo que debe entenderse también es que el sujeto perjudicado por los acuerdos es y será siempre la sociedad; no podría impugnarse un acuerdo que vulnere los intereses particulares de un accionista, lo cual es congruente con lo que señaláramos líneas arriba respecto a que el interés social engloba en sí los intereses de todos los accionistas, que se supone son comunes. Por esta razón, nos parece que la ley acierta en el sentido de exigir la existencia del daño a los intereses sociales.

Ahora bien, lo que no queda muy claro es que si se debe demostrar necesariamente que el beneficio lo obtuvieron uno o más accionistas porque corresponder la carga de la prueba al impugnante, resultaría muy complicado además de demostrar que el beneficio de estos es consecuencia del perjuicio de la sociedad. Creemos que en este caso, el juzgador deberá ser flexible a fin de no dejar de pronunciarse sobre el fondo, verificar si se afectaron los intereses de la sociedad por la falta de pruebas que demuestren la conexión entre el perjuicio de la sociedad y el beneficio de los accionistas. Respecto a la legitimidad para interponer la impugnación, la ley la reserva a los accionistas que hicieran constar su oposición al acuerdo, estuviera ausente o fuera ilegítimamente privado de su derecho al voto y en caso de acciones sin derecho a voto, sólo se podrá impugnar si el acuerdo afecta los derechos especiales de los titulares de dichas acciones.

Así la jurisprudencia señala que el derecho legítimo para demandar la impugnación de acuerdos de JGA lo tienen los socios y la sociedad no puede tener la calidad de demandante sino más bien de demandada. En este sentido, corresponde a los accionistas impugnantes el cuestionar la validez de los acuerdos y a la sociedad el accionar en su defensa¹²⁶.

126 Cas. N° 3070-98-Lambayeque 02.06.1997, En: Pioner de Jurisprudencia, publicación mensual de Diálogo con la Jurisprudencia, Enero 2004, Año 1, N° 7, p. 25.

En cuanto a la caducidad de la acción, se produce a los dos meses de la fecha de adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la JGA; a los tres meses si no concurrió y de tratarse de acuerdos inscribibles dentro del mes siguiente de la inscripción del acuerdo.

2.2. EL DERECHO INHERENTE A LOS ACCIONISTAS: EL DERECHO DE IMPUGNACION

Los socios o accionistas de una sociedad anónima gozan generalmente de dos clases de derechos, unos económicos y otros políticos.

Entre los primeros, podemos hallar al derecho de percibir utilidades, derecho de participar en la distribución del haber social en caso de liquidación, derecho de preferencia en la suscripción de acciones, entre otros. Por su parte, entre los derechos políticos de los accionistas, tenemos el derecho de voto, el derecho a ser elegido como miembro de algún órgano de la sociedad, el derecho a fiscalizar la gestión social y el derecho de impugnación de acuerdos sociales. Este último derecho es establecido pensando en las minorías, como herramienta legal que permita revisar en sede judicial o arbitral la validez de los acuerdos aprobados por la mayoría que pretende imponer su voluntad, contrariamente a lo señalado en la ley, el estatuto o pacto social y lesionando, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad.

Conforme con los artículos 139 y 149 de la LGS, el derecho de impugnación la nueva LGS es un derecho inherente a la condición de socio, que puede ser interpuesto por el accionista que haya estado presente en la JGA que aprobó el acuerdo impugnado y deja constancia en acta de su oposición o que hubiere sido ilegítimamente privado de su acuerdo, así como por el ausente y por el ilegítimamente privado (directa o indirectamente) de emitir su voto.

Al margen del derecho de impugnación que es consubstancial a la condición de accionista, cabe la acción de nulidad del acuerdo de la JGA contrario a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en la LGS o en el artículo 150 del Código Civil, la misma que puede ser promovida por cualquier persona que tenga legítimo interés, excluyendo al accionista.

2.3. ANÁLISIS DOCTRINARIO DE LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS

A. TEORÍA GENERAL DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Esta teoría comprende los supuestos de hecho que constituyen actos inválidos o ineficaces, esto es, aquellos actos jurídicos que para el Derecho están afectados de algún vicio relevante y, por lo mismo, no producen los mismos efectos jurídicos propuestos por los agentes. Los negocios jurídicos afectados con nulidad, no pueden permanecer, por cuanto han sido repudiados por el ordenamiento jurídico debido, principalmente, a un interés colectivo mayor o supremo para la sociedad.

Al respecto RUBIO señala que, existe nulidad cuando uno de sus elementos esenciales presenta problemas desde la misma conclusión del acto, o cuando éste atenta contra una norma de orden público o en contra de las buenas costumbres.

La teoría de nulidad de los negocios jurídicos resulta, entonces, aplicable a los casos de invalidez referidos al momento del nacimiento del acto negocial, siendo que para los casos de invalidez o ineficacia posteriores a la constitución del acto, se tendrá que recurrir a otras figuras jurídicas como la resolución, rescisión, revocación, caducidad, entre otros, que extinguen la eficacia del acto, pero que son diferentes a la nulidad.

Cabe indicar que, el negocio jurídico puede estar afectado a causales que conspiran contra su plena validez o su subsistencia posterior. Si esa causal es coetánea al nacimiento del negocio, se habla de nulidad del mismo. Subráyese que, la causal puede sobrevenir después, pero entonces ya no cabe asumir la misma dentro de la categoría de las nulidades del acto jurídico o negocio jurídico.

Los acuerdos adoptados en la JGA, constituyen pues un tipo especial dentro del género de negocios jurídicos que bien pueden verse atacados por las nulidades establecidas en el Derecho civil, pero que, en aras de salvaguardar los derechos de los agentes involucrados y debido a la naturaleza de la actividad mercantil, deben de cumplir con las normas especiales impuestas por el Derecho societario, bajo consideración de tenerse por nulos o inválidos. Las reglas de nulidad y de impugnación de los acuerdos de la JGA, establecidas por la legislación societaria, tienden a complementar las disposiciones generales de nulidad prescritas por el acto jurídico.

Cualquier agente afectado puede interponer una acción dirigida a declarar judicialmente la invalidez de los acuerdos societarios, sea a través de una demanda de impugnación.

El acuerdo impugnado o cuya nulidad se pretende, es inválido por sí y, por lo tanto, sus efectos jurídicos deben tenerse por no surtidos, tomando en cuenta que la sentencia que declare fundada una acción de impugnación o nulidad, es una declarativa, puede ocurrir que de hecho se establezca, o se pretenda establecer, un estado de cosas a tenor del negocio nulo (en la compraventa nula, el comprador se posesiona de la cosa en concepto de tal, o la reclama al vendedor, como si la compraventa fuese válida).

Dicha situación puede dar lugar a la necesidad de obtener una declaración de nulidad que corte la perturbación o se sirva de presupuesto para hacer cesar el estado de hecho contrario a la realidad jurídica. Así, cuando alguien se ampara en la existencia de una apariencia de validez, es preciso ejercitar la correspondiente acción o no atacar el negocio ni borrar sus efectos, sino destruir aquella apariencia de validez, haciendo constar que la realidad ha quedado inmutable. Se trata, pues, de una acción y fallo declarativos.

B. SUBSANACIÓN, REVOCACIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LOS ACUERDOS IMPUGNADOS

Si bien en el Derecho civil existe la convalidación de los negocios jurídicos nulos y la confirmación de los anulables, como instituciones a través de la cual se subsanan los vicios que afecten a dichos actos jurídicos, en el Derecho societario la posibilidad de subsanación de los acuerdos societarios o actos jurídicos mercantiles no es admitida pacíficamente. El problema de su aceptación por la legislación radica en los efectos procesales que usualmente se producen.

La nueva LGS no contempla expresamente el supuesto de subsanación de los acuerdos, pero sí se refiere a su revocación y sustitución, en su artículo 139, al indicar que la impugnación no procede y que el juez mandará tener por concluido el proceso y disponer el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, cuando el acuerdo haya sido revocado o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto.

La doctrina de la regularización también se encuentra presente en la sustitución de los acuerdos adoptados conforme a la ley, al pacto social o al estatuto, a que hace referencia la nueva LGS. Así, un acuerdo invalidado por algún vicio, puede ser subsanado, pero a través de la figura de la sustitución por otro acuerdo que se encuentre adoptado conforme a las exigencias de ley

C. LEGITIMACIÓN PASIVA PARA LA IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO SOCIETARIO

La sociedad cuyo acuerdo de JGA se impugna, tiene la legitimación pasiva¹²⁷. Por tanto, le corresponde la defensa del acuerdo impugnado, debiendo hacerse el emplazamiento debido desde la interposición de la acción, tal como lo demuestra la CASACION NRO. 181-2003 de la Sala Civil Permanente de a corte suprema de Loreto:

“De conformidad con la última parte del artículo 391 del Código Procesal Civil la Sala Casatoria debe emitir pronunciamiento sobre la procedencia o improcedencia del medio impugnatorio interpuesto, no obstante haberse constatado que el citado recurso no se encuentra autorizado por letrado. Se alega que conforme al artículo 141 de la Ley General de Sociedades debió notificarse con la demanda a la empresa Complejo Maderero Nanay Sociedad Anónima; empero dicha alegación procesal no resulta atendible en razón de que el impugnante en su calidad de sujeto activo, al proponer la demanda, debió emplazar también a dicha empresa y no reservarse para la casación dicho argumento, por lo que la causal denunciada no resulta amparable”.

127Ejecutoria del 28 de agosto de 1972 (Expediente N° 1722-72)

Además se establece que los accionistas que votaron a favor del acuerdo pueden coadyuvar a la defensa de su validez. Lo mismo que se puede apreciar en las siguientes ejecutorias¹²⁸:

Ejecutoria del 11 de diciembre de 1970: *“Por la que se resolvió que la demanda de impugnación de los acuerdos de JGA debe dirigirse contra la sociedad y no contra los accionistas a título personal; y que la acción debe recaudarse con copia del acta de la sesión impugnada y de los respectivos avisos de convocatoria.”*

Ejecutoria del 28 de agosto de 1972: *“Que resolvió que la demanda de impugnación de los acuerdos debe entenderse con los representantes legales de la sociedad y no con los liquidadores que sólo ejercen la representación de esta para el cumplimiento de los fines propios de la liquidación.”*

D. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO SOCIETARIO

Conforme al artículo 140 de la nueva LGS, están legitimados para impugnar los acuerdos sociales:

- a) Los socios que estando presentes en la Junta hacen constar su oposición
- b) Los socios hayan sido ilegítimamente privados de votar.
- c) Los socios ausentes a la Junta.

Si bien del texto de la ley pareciera que el derecho de impugnación de acuerdos, es atribuible exclusivamente a la condición de socios debido a la consubstancial relación con el derecho de voto, estarán también legitimadas aquellas personas que legalmente están facultadas para ejercer el derecho de voto como los usufructuarios, acreedores pignoratícios y, bajo ciertas circunstancias, fiduciarios y albaceas del accionista fallecido. Sin embargo, subsiste una interrogante referida a que si el propietario o titular de acciones que no goza del derecho de voto sea por causa legal o

¹²⁸Ejecutoria del 11 de diciembre de 1970 (Expediente N° 0239-70)

convencional, está legitimado para impugnar un acuerdo de una JGA y no podía pronunciarse a favor, ni formular oposición.

El accionista impugnante del acuerdo social, para estar legitimado tiene que mantener su condición de accionista durante el transcurso del proceso judicial o arbitral que al respecto se inicie, debiendo, además, efectuar la anotación respectiva en la matrícula de acciones conforme lo exige el artículo 144 de la LGS.

Al respecto podemos ver en la Ejecutoria del 12 de febrero de 1993¹²⁹, en la que se pronuncian en el sentido que en los procesos judiciales de impugnación de acuerdos la ausencia de inscripción de una transferencia de acciones en el Registro de Acciones de la sociedad, no impide al demandante ejercer sus derechos de accionista si es que la demandada no realizó dicha inscripción deliberadamente y con dolo. Para dicha Ejecutoria más importante es la comunicación cursada a la sociedad y efectivamente recibida por ella, que la anotación en el Registro.

E. PLAZOS DE CADUCIDAD

Los plazos se establecen en el art 142 de la LGS, se especifica:

- a) A los dos meses de la fecha de adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta.
- b) A los tres meses si no concurrió; y
- c) Tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción.

Podemos apreciar en la Ejecutoria del 21 de setiembre de 1982¹³⁰, referida a una acción de impugnación de un acuerdo de aumento de capital presentada dentro del plazo de 30 días siguientes a su inscripción en el Registro Mercantil. Esta ejecutoria señala que interpuesta la demanda dentro del término prescrito por la última parte del artículo 144° de la LGS e inscrita en el Registro Mercantil, tanto el acuerdo de

¹²⁹Ejecutoria del 12 de febrero de 1993 (Expediente N° 2425-91)

¹³⁰Ejecutoria del 21 de setiembre de 1982(Expediente N° 1122-23)

aumento de capital social como el de su cancelación a que se refieren las escrituras públicas, están sujetas a lo que disponen los artículos 400° y siguientes del anterior Código de Procedimientos Civiles concordante con el artículo 26° del Código de Comercio.

F. SUSPENSIÓN DEL ACUERDO IMPUGNADO

Según el art. 145 de la LGS, el juez como medida cautelar puede, a petición de parte, ordenar la suspensión del acuerdo impugnado, deteniendo de esa manera la ejecución del acuerdo hasta que se dicte sentencia.

Están legítimamente facultados para solicitar la suspensión del acuerdo, el demandante o demandantes que representen no menos de un quinto del capital social. Adviértase que, en la Ley no habla de capital pagado, con lo cual no interesa diferenciar si las acciones de los impugnantes están a o no pagadas en su totalidad.

El juez decretará la suspensión del acuerdo si por la apreciación de los hechos, determina la existencia de indicios suficientes para su validez o que a su criterio la ejecución del acuerdo ponga en peligro inminente a la sociedad o que su ejecución puede dar lugar a relaciones que rebasen el ámbito interno de la sociedad.

Para acceder a la solicitud de suspensión que se tramita como medida cautelar, el juez puede disponer que los demandantes presten una contracautela para el resarcimiento de los daños y perjuicios que cause la suspensión. Por no ser la solicitud de suspensión una facultad que se pueda utilizar indiscriminadamente, la LGS exige la participación de un determinado porcentaje de capital y la presentación de una garantía idónea (contracautela).

G. ANOTACIÓN PREVENTIVA

Conforme lo establece la LGS en su artículo 147°, el juez a petición de parte y cuando el acuerdo impugnado fuera inscribible, puede disponer la anotación preventiva de la demanda en la partida correspondiente del Registro Mercantil. Dicha anotación preventiva, en el proceso de impugnación, constituye una medida cautelar que no altera o afecta el normal desenvolvimiento de la sociedad.

Sin embargo, dicha anotación cumple con la función de debilitar la eficacia de la buena fe registral, evitando de esa manera que los terceros aleguen buena fe, para no verse perjudicados por los efectos materiales de la sentencia definitiva que deja sin efecto el acuerdo impugnado.

Como se ha mencionado, la anotación preventiva de la demanda la ordenará el juez a petición de parte, pudiendo ser solicitada por los demandantes y/o por la misma sociedad demandada. Aún cuando nuestra ley no es precisa en este punto, procede la anotación preventiva de la resolución firme que ordene la suspensión del acuerdo impugnado.

H. CONTRACAUTELA

La Ley en su artículo 145° exige que el accionista impugnante deposite los títulos de sus acciones en una entidad de crédito, la cual, queda obligada a mantener el depósito hasta la conclusión del juicio.

El accionista por dicho depósito recibe una constancia la que debe acompañar a la demanda y que además le sirve para ejercitar sus derechos como accionista. Según Montoya, con dicha exigencia la intención del legislador es obligar al accionista a acreditarse como tal así como obligarlo a mantenerse en su calidad de accionista hasta el fin del proceso¹³¹. Tal requisito se entendería y justificaría, si las sociedades anónimas todavía pudieran emitir acciones al portador y de existir estas en circulación, la única forma para su tenedor de acreditarse como accionista y ejercer los derechos inherentes a dicha calidad, sería el depósito de las acciones en una institución de crédito para de esa forma evitar que sean transferidas. Pero, estando prohibida la emisión de acciones al portador y siendo las acciones obligatoriamente nominativas bajo un régimen dentro del cual se reputa como accionista a quien aparece con derecho inscrito en el Registro de Acciones y Transferencias, soy de la opinión de que

131 MONTOYA, Ulises.

dicha exigencia carece de sustento. El artículo 145° anteriormente citado, es uno de varios artículos de la LGS en la que se le reconoce un excesivo valor a la acción como título, confundiendo el concepto y significado de acción con su título representativo.

Como se sabe, existen importantes diferencias entre la acción y el título que los representa. Estos últimos si bien facilitan la circulación de las acciones en el mercado, no requieren su presentación para el ejercicio de los derechos del accionista.

La Ejecutoria del 11 de octubre de 1983¹³², que se pronunció en el sentido de señalar que el accionista que impugna judicialmente cualquier acuerdo de la JGA, debe depositar los títulos de sus acciones en una institución de crédito cuya constancia deberá acompañarse a la demanda, siendo condición sine qua-non para el ejercicio de tal acción tener la calidad de accionista adquirida con arreglo a ley y a los estatutos.

En el caso de la impugnación de acuerdos, si se condiciona el ejercicio de la acción judicial al previo depósito de los títulos de las acciones en una institución de crédito, estableciéndose que la depositaria además de expedir la constancia del depósito quedará obligada a mantener el depósito hasta la conclusión del proceso, se está supeditando un asunto de fondo, el cuestionamiento de un acuerdo contrario a la Ley, opuesto al Estatuto o lesivo a la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas, al cumplimiento de un requisito formal y lo que es más serio aún, si fuere el caso que por falta de emisión, extravío, deterioro o sustracción un accionista no contara con los títulos representativos de sus acciones teóricamente estaría imposibilitado de iniciar la acción.

Sobre este requisito procesal como ya se ha mencionado, se entendería la exigibilidad tratándose de acciones al portador, pero carece de sentido en el caso de acciones nominativas en las que prevalece el derecho inscrito en el registro de acciones y transferencias. En consecuencia, una certificación notarial del asiento pertinente de dicho libro o en todo caso la exhibición judicial del libro, suple perfectamente este requisito.

132Ejecutoria del 11 de octubre de 1983 (Expediente N° 2433-87)

I. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

La Ley no admite que se mantenga más de un proceso impugnatorio en base al mismo acuerdo social aún cuando las pretensiones de los accionistas no sean iguales, ya que al final de cada proceso el juez dictará sentencia pudiendo ocurrir que las diferentes sentencias sean contradictorias.

Tratándose de resoluciones que se refieren al mismo acuerdo social, se originaría un grave conflicto donde sería imposible lograr la ejecución de alguna de ellas. Por ello, la ley obliga en su artículo 146° a acumular las acciones interpuestas ante diferentes jueces sobre el mismo acuerdo social. Es decir, todas las acciones serán remitidas ante el juez que notificó primero a la sociedad con la demanda; de manera que, todas las pretensiones se resolverán en una misma sentencia.

Al efecto, la sociedad está obligada a comunicar al primer juez la existencia de nuevas impugnaciones contra el acuerdo, quien deberá de oficio solicitar a su juzgado la remisión del nuevo expediente. Así, si en la nueva impugnación la sociedad le hace presente al juez la existencia de una demanda anterior, este deberá inhibirse de seguir conociendo el caso y remitir todo lo actuado al juez competente.

Es importante resaltar que, la acumulación o es aplicable a las impugnaciones que se deduzcan contra otros acuerdos adoptados en la misma JGA. Esto se debe a que, cada acuerdo es independiente sin importar que hayan sido tomados en la misma JGA, de manera tal que, no hay peligro de la existencia de sentencias contradictorias.

La ley española establece que todas las acciones deberán ser interpuestas ante el mismo juez y de no ser así, se remitirán las demandas al juez que recibiera la primera. Adicionalmente, establece que no se dará trámite a la demanda hasta que no transcurra el plazo de caducidad de la acción especial, de manera que, de existir más de una demanda interpuesta todas se encontrarán más o menos en el mismo estado y una vez acumuladas será más fácil el desarrollo del proceso.

En nuestro sistema, se puede dar el caso que la tramitación de las diferentes demandas se encuentra en estados diferentes. Por ejemplo, la primera demanda se encuentre en la etapa probatoria, mientras que, la recién presentada y remitida para su acumulación solamente ha sido notificada debiendo ser contestada, retrasando de ese modo el proceso.

J. DAÑOS Y PERJUICIOS

A fin de procurar la mayor celeridad en la tramitación de la acción especial de impugnación, el tercer párrafo del artículo 146° de la LGS, prohíbe la acumulación a la acción principal, de otras acciones ya sea de resarcimiento de daños y perjuicios o cualquier otra que deba tramitarse como proceso de conocimiento, prohibiéndose además la reconvención que por tales conceptos formule la sociedad, disposición legal que no se opone a que se tramiten tales pretensiones en procesos separados.

K. JUEZ COMPETENTE

La LGS señala en su artículo 143°, segundo párrafo, que es competente para conocer las acciones de impugnación, el juez del domicilio de la sociedad. Al no establecer la LGS, ningún tipo de competencia especial, se entiende que el juez competente es el juez especializado en lo civil que se encuentre de turno al momento de la interposición de la demanda.

Tal como se señala en la ejecutoria del 3 de junio de 1975¹³³, por la que se resolvió que es juez competente para conocer de las demandas de impugnación de acuerdos, el del domicilio de la sociedad, sin que la existencia de oficinas en un lugar distinto al domicilio social y el haber seguido juicios en el mismo, importen el cambio de sede.

Consideramos que, se debería modificar la LGS en el sentido de establecer que es competente el juez que se encontraba de turno en la fecha que se celebró el acuerdo

133 Ejecutoria del 3 de junio de 1975(Expediente N° 0043-75)

materia de impugnación. De precisarse ello, se evitarían las presentaciones de demandas en más de un juzgado y el problema de la remisión de las mismas al juez que primero notificó con la demanda para que sean acumuladas.

L. EL PROCEDIMIENTO

La acción de impugnación se sujeta a lo dispuesto en el art. 143 de la LGS correspondiendo el procedimiento abreviado.

M. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Señala la LGS en el tercer párrafo de su artículo 148° que la sentencia que declare fundada la demanda producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los terceros de buena fe. Detallaremos más de este tema en el siguiente capítulo.

N. SANCIÓN PARA EL ACCIONISTA DE MALA FE

Nuestra LGS prevé en su artículo 149°, una sanción cuya imposición es facultad del juez de la causa, cuando a su criterio el impugnante hubiese procedido con mala fe o accionado con notoria falta de fundamento, sanción que es de carácter pecuniario a beneficio de la sociedad y sin perjuicio del pago de costas y de la indemnización que pudiere corresponder.

Del referido artículo se infiere que puede imponerse una sanción pecuniaria sin necesidad de acreditarse la existencia de daños y perjuicios por indemnizar aún cuando éstas no existieran. Esto es debatible, pues es en esta misma acción que se limita la pretensión accesoria de daños y perjuicios de parte del accionista, por lo cual el juez no podría fijar una cuantía de algo que estuvo limitado originariamente. Lo que se trata con ello es sancionar la interposición de demandas temerarias o de mala fe con el exclusivo propósito de dañar a la sociedad.

CAPITULO III

1. NULIDAD DE LOS ACUERDOS SOCIETARIOS

La acción de nulidad procede para invalidar los acuerdos de la JGA que sean contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en la LGS o en el Código Civil. Se encuentra establecida en el art 150 de la LGS y establece como objetivo:

- a) Invalidar los acuerdos de la Junta contrarios a normas imperativas
- b) Invalidar los acuerdos que incurran en causales de nulidad previstas en la Ley
- c) Invalidar los acuerdos que incurran en causales de nulidad previstas en el código civil.

Las causales de nulidad previstas en el Código Civil, específicamente en sus artículos 190º, 201º y 219º tienen que ver con la simulación absoluta o relativa del acto jurídico, vicios de la voluntad, error, dolo, engaño, violencia o intimidación; y nulidad propiamente del acto jurídico; agente incapaz, objeto imposible o defecto de forma establecido en la ley. Al respecto podemos ver en la Ejecutoria del 28 de octubre de

1985¹³⁴, mediante la cual se declaró nula la suscripción de un aumento de capital aprobado por la JGA por no haberse observado las formalidades que la Ley establece para el aumento de capital incurriéndose en la causal de nulidad prevista en el artículo 1123°, inciso 3 del Código Civil de 1936, debiendo procederse a un nuevo ofrecimiento.

Cuando el artículo 150° señala que la acción procede contra los acuerdos que incurran en causal de nulidad previstas en la presente ley, debemos remitirnos a lo señalado por el artículo 38°:

- i) adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas
- ii) contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres
- iii) contrarios a las estipulaciones del pacto social o del estatuto
- iv) que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios

Es conveniente indicar que la relación entre el artículo 38 y el 150 de la LGS (el primero ubicado en la parte general y el segundo en la parte especial) no es meramente de género a especie, pues ello no alteraría la condición de "norma imperativa", sino que implica un ejercicio de subsunción parcial, dado que el artículo 38 enumera la consecuencia jurídica (de nulidad) de los acuerdos societarios que en general adolezcan de alguna deficiencia estructural, sin distinguir si se trata de nulidad absoluta o nulidad relativa.

Es así que debe relacionarse el artículo 150 de la LGS con los supuestos de nulidad absoluta del artículo 38, por lo que la remisión debe ajustarse a la naturaleza de cada acuerdo en particular.

1.1. Legitimidad activa

Se aprecia que en cuanto a la pretensión nulificante (por causal de nulidad absoluta), la legitimación -por lesionar intereses de orden público- se extiende a toda persona que tenga legítimo interés.

134Ejecutoria del 28 de octubre de 1985 (Expediente N° 1739-84)

En este punto consideramos que la legitimidad de la pretensión de nulidad corresponde a terceros, en tanto que la de Impugnación a los socios.

Por lo que no aceptamos que la legitimidad de la pretensión de nulidad corresponde tanto a los socios como a terceros con interés. Cuando la norma establece que "cualquier persona con legítimo interés" obviamente extiende su ámbito a terceros (a diferencia de la impugnación), entre los cuales se encuentran no solo los ajenos a la sociedad, sino también sus administradores. En esto no se distingue de lo establecido en el artículo 220 del CC, así como en los V y VI del Título Preliminar del CC.

Aquí no interesa que el socio haya o no acudido a la JGA ni haber dejado constancia de su oposición en caso hubiese asistido a la misma. Pues esta acción a nuestro parecer solo está reservada a terceros y no es aplicable a los socios que tienen su vía de impugnación en el 139 de la LGS

1.2. Caducidad

El plazo para interponer esta demanda es de un año a partir de la fecha de adopción del acuerdo. Esta acción de nulidad caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo, sin embargo, se debe tener en cuenta que cuando la causal de nulidad se basa en una causal prevista en el Código Civil, se aplicará el plazo de caducidad señalado en este cuerpo legal¹³⁵. En este punto quisiéramos consideramos necesario que se establezca el plazo de caducidad no desde la adopción del acuerdo, sino desde su inscripción, pues al tratarse de una acción beneficiosa para los terceros, ajenos a la sociedad y a su manejo y desenvolvimiento, es necesario que mediante la fe registral y publica este acuerdo se pueda poner en conocimiento de estos.

Así, por ejemplo, en la Casación N° 1082-06-Lambayeque se estableció que "la acción de nulidad, con el fin de impugnar los acuerdos de la junta general de accionistas, se tramita en la vía de conocimiento, y de otro lado dicha acción de nulidad tiene un plazo de caducidad que se establece en un año; por consiguiente, en el caso de autos el plazo para impugnar el acuerdo cuestionado por el recurrente caducó

135 Cas. N° 46-94, Lima, 29.08.1996, En: Pioner de Jurisprudencia, publicación mensual de Diálogo con la Jurisprudencia, Enero 2004, Año 1, N° 7, p. 13.

indefectiblemente al haber interpuesto su demanda, según sello de recepción, en exceso del plazo previsto en la norma precitada, por consiguiente, el recurso de casación por la causal de aplicación indebida resulta infundado”.

1.3. La vía procedimental

La vía procedimental de esta pretensión es el proceso de conocimiento.

2. ACCIÓN DE ANULABILIDAD A TRAVÉS DEL PROCESO SUMARISIMO

La LGS, establece esta vía de Nulidad de los acuerdos, según lo estipulado en el art. 38. Anteriormente la anterior LGS establecía únicamente dos vías procesales para el trámite de la pretensión cuyo objeto era la impugnación de un acuerdo de JGA, dependiendo de la naturaleza del problema jurídico invocado en la demanda.

En los casos en que la impugnación se sustentaba en vicios o defectos de carácter mercantil, el trámite era el proceso de menor cuantía, hoy proceso abreviado, con las modificaciones adicionales contenidas en la LGS, orientadas a evitar que esta acción se dilate y a hacer más rápida y expeditiva su tramitación. En cambio si la impugnación se amparaba en un vicio o defecto de nulidad sustentado en el Código Civil, la demanda debía tramitarse en la vía ordinaria, hoy proceso de conocimiento, pues la naturaleza de la pretensión exige plazos mayores para su probanza.

En el caso específico de las sociedades mercantiles, su objeto fundamental se relaciona con la generación de un beneficio económico en favor o en provecho de sus accionistas y es frecuente o probable que durante el desarrollo de su actividad productiva o comercial, se generen conflictos entre sus socios por diversos motivos.

Tal como se aprecia en la Ejecutoria del 27 de junio de 1986¹³⁶, referida al procedimiento de impugnación de acuerdos de JGA y de Directorio, señalándose que su tramitación deberá sujetarse a los trámites del juicio de menor cuantía y que no puede acumularse a la acción de impugnación cualquiera otra que debe tramitarse como juicio ordinario.

136Ejecutoria del 27 de junio de 1986136(Expediente N° 368-86)

Como bien señala Guillermo Checa la existencia de conflictos, afecta el normal funcionamiento de una sociedad y genera un estado de incertidumbre jurídica al interior de la misma y en su relación con terceros, no siendo prerrogativa del Estado la prohibición de la existencia de estos, pero sí en la medida de lo posible, su atenuación o disminución de sus efectos para con la Sociedad, reduciéndose para tal efecto la duración del proceso a través del cual se tramitan estas discrepancias¹³⁷.

Esta tendencia se aprecia en el art. 38 de la LGS a efectos de establecer que la impugnación que se sustente en defecto de convocatoria o falta de quórum se tramitará a través del proceso sumarísimo, con lo cual se está añadiendo una tercera vía procesal a la impugnación de acuerdo de JGA.

El proceso sumarísimo es el procedimiento más breve, simple y sencillo de los diferentes procesos contenciosos regulados por el nuevo Código Procesal Civil. Aquel en el que se llega de la manera más rápida a la sentencia definitiva que ponga fin a la situación de conflicto o al estado de incertidumbre jurídica que originó el proceso.

Sin embargo, este principio no inspira necesariamente la totalidad de los casos en los procesos de impugnación.

El Estado, para conseguir de una manera rápida la satisfacción de la finalidad concreta del proceso cuál es la solución del conflicto de intereses, no puede de manera alguna descuidar la finalidad abstracta del mismo, es decir, la paz social en justicia. Para que resuelvan de una manera justa tales conflictos, dispone en determinados casos que aquellas pretensiones que requieran de una tramitación mayor por la complejidad del problema, se tramiten a través del proceso de conocimiento o abreviado, sin sacrificar la certeza en aras de la celeridad procesal.

137Cfr. GULMAN, Guillermo. Consulta absuelta al Colegio de Abogados de Lima, el 09 de diciembre de 1993.

Respecto del plazo dentro del cual debe interponerse una acción de nulidad por defecto de convocatoria y falta de quórum a que refiere el segundo párrafo del artículo 38° de la LGS por proceso sumarísimo, considero no puede ser mayor al previsto por el artículo 142° de la LGS, es decir, sesenta (60) días a partir de la fecha del acuerdo o dentro del mes siguiente de la inscripción si este fuere inscribible. Consideramos que debió consignarse un plazo más breve para el supuesto de la impugnación del acuerdo sustentado en el defecto de convocatoria o falta de quórum. Si el objetivo de la modificación es procurar que se resuelva el conflicto de intereses lo más pronto posible a través del proceso sumarísimo, se debió reducir el plazo para el ejercicio del derecho de impugnación en dicho supuesto.

Cabe resaltar, que las causales de impugnación previstas en la modificación contenida en el segundo párrafo del artículo 38 de la LGS, no sólo han estado contenidas en el artículo 139° de dicho instrumento, sino, que tanto la convocatoria defectuosa y la falta de quórum implican violación a la Ley y al Estatuto Social.

El Legislador parte de la premisa que la impugnación que se sustenta en un defecto de convocatoria y o falta de quórum, en virtud de su temática, no requiere para su esclarecimiento de un proceso amplio. Por ello, establece un trámite corto a través del proceso sumarísimo, lo cual, implica otorgarle al accionista únicamente un beneficio de carácter procesal, pero en modo alguno significa que las causales consagradas en el segundo párrafo del artículo 38° de la LGS no estén incorporadas o subsumidas en las genéricas previstas por el artículo 139° de esta Ley.

Lo que no queda claro es si en el caso de recurrirse al proceso sumarísimose deben o no depositar las acciones en una institución de crédito y, en general, si le son aplicables o no las normas procesales especiales que contienen los artículos 139° al 151° de la LGS para la acción de impugnación que se tramitan como proceso abreviado.

CAPITULO IV

1. CONFLICTO DE INTERPRETACION ENTRE NULIDAD Y ANULABILIDAD

Siguiendo la sistemática de la LGS -algo confusa en su terminología y logicidad- y del CC (que sirve de base general, y actúa a nivel supletorio de la LGS), es ineludible partir de que la validez del negocio jurídico puede contener defectos en su estructura de -básicamente- dos grandes tipos: los subsanables por confirmación -que tutelan intereses privados- y los que no pueden ser subsanados, que tutelan intereses de orden público.

Los primeros (causales de anulabilidad) protegen un derecho o interés individual o societario, son válidos pero con una nulidad pendiente, de manera que el sujeto tiene la alternativa de confirmar el acto o de interponer una demanda de anulabilidad (impugnación de acuerdo societario) para que sea declarado judicialmente nulo.

Los segundos (causales de nulidad) tutelan un vicio de tal magnitud que desborda la esfera privada e inclusive societaria, y vulnera intereses generales de orden público,

contraviniendo normas imperativas, por lo que no pueden ser subsanados mediante confirmación.

En la LGS a los acuerdos anulables se les provee del mecanismo de la impugnación, por lo que puede considerarse que acuerdo impugnable es, a efectos de lo que el legislador quiso decir, lo mismo que acuerdo anulable.

Como se puede observar, la LGS sanciona con nulidad en su artículo 38º, a aquellos acuerdos que en su artículo 139º pueden ser impugnados a través de una acción distinta a la de nulidad prevista en el artículo 150º. Esta contradicción que podría parecer poco relevante puede tener consecuencias serias para la sociedad, por ejemplo, si una sociedad anónima adopta un acuerdo contrario al pacto social o al estatuto, el accionista podría impugnar dicho acuerdo valiéndose de lo señalado por el artículo 139º de la LGS.

Sin embargo, como se ha tratado en este trabajo, los plazos de caducidad son muy drásticos así como la constitución de la legitimidad para obrar, pues el accionista que pretende impugnar dicho acuerdo tuvo que haber manifestado entre otros supuestos expresamente su disconformidad con la toma del acuerdo.

Sin embargo, aún cuando el accionista no hubiese formulado su oposición, se encontraría legitimado a discutir dicho acuerdo, pero no por la vía de la impugnación (pues no cumplía con los requisitos de legitimación), sino por la vía de la nulidad, establecida en el artículo 150º de la LGS, toda vez que, ese acuerdo, contrario al pacto social y al estatuto, se encuentra contemplado dentro de los acuerdos que incurran en la causal de nulidad prevista en el artículo 38º de la ley.

Así, el accionista que en un primer momento no se encontraba legitimado para impugnar el acuerdo a través de la acción de impugnación por la vía de la nulidad, podría hacerlo, sin mayores exigencias en cuanto a la legitimidad y con más amplios plazos de caducidad, lo cual por supuesto generaría un perjuicio para la sociedad, pues, se encontraría ante la inseguridad de que alguno de sus acuerdos puede en cualquier momento ser declarado nulo, pese a que los plazos de caducidad de la impugnación se hubiesen cumplido.

Lo mismo sucede si se trata de un acuerdo que no observa las formalidades de publicidad previstas en la ley y los acuerdos que lesionen a la sociedad en beneficio

directo o indirecto de uno o más accionistas. En todos estos casos, se abren dos vías de discusión de los acuerdos; la impugnación que a nuestro criterio es la adecuada y la de nulidad que debe estar reservada, de acuerdo al fin de la norma, para los casos que por su importancia y por su grave afectación a las leyes, debe ser desterrada del ordenamiento jurídico.

Con esta contradicción en la LGS, no se cumple el objetivo de la discusión de los acuerdos societarios que si bien son un medio para controlar la justicia de las decisiones de la mayoría, no implican que se puede dejar a criterio del accionista minoritario la decisión de impugnar los acuerdos porque es perjudicial dejar a la sociedad anónima sometida al poder omnímodo de quienes representen en la JGA a la mayoría del capital así como peligroso sería el ejercicio caprichoso, abusivo y temerario de las acciones de impugnación por una minoría irresponsable¹³⁸.

2. LA PROTECCION DE LOS CONTRATANTES DE BUENA FE

El codicecivile italiano establece que la nulidad de los acuerdos produce efectos frente a todos los socios y obliga a los administradores de la sociedad a tomar las consiguientes medidas bajo su propia responsabilidad, dejando a salvo los derechos adquiridos de buena fe por terceros a consecuencia de actos realizados en ejecución al acuerdo impugnado.

La ley de sociedades anónimas española señala en su artículo 122^o que, la sentencia que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo.

Esta tutela se basa en el estado de confianza que despierta el acuerdo cuando no revela externamente el vicio de que adolece o, si se quiere, en su apariencia jurídica de acuerdo válido, por eso se legitima la buena fe. En este caso, el tercero no será de buena fe cuando conozca la existencia de la causa de impugnabilidad del acuerdo.

La doctrina señala tres clases de razones que explican la protección del tercero¹³⁹:

138 URÍA, Rodrigo, MENENDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel; Op. Cit. p.305.

139 URÍA, Rodrigo, MENENDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel; Ibídem, p.344.

i) la sentencia que declara la nulidad del acuerdo no puede tener efecto frente a tercero que no fue parte en el pleito (limitación subjetiva de la cosa juzgada),

ii) en el supuesto de que el acuerdo sea inscribible, el tercero puede alegar el principio de buena fe registral, invocando a su favor la apariencia jurídica derivada del hecho de la inscripción, y

iii) de acuerdo al principio de representación de la sociedad, la ley no obliga al tercero a examinar en cada caso las facultades de los administradores ni la legalidad formal y material del acuerdo de la junta que aquellos ejecuten.

Esta protección al tercero de buena fe se encuentra reflejada en el artículo 148° de la LGS, que al señalar los efectos de la acción de impugnación, hace referencia que no se afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado. Aunque, no se pronuncia respecto a los efectos frente a terceros de la sentencia que declara la nulidad de un acuerdo. En este caso, entendemos que se aplicarían las normas establecidas en el Código Civil.

3. LOS EFECTOS DE LA IMPUGNACION Y NULIDAD DE ACUERDOS SOCIETARIOS

Los efectos que producen tanto la impugnación como la nulidad de los acuerdos societarios, no quedan del todo claros. Doctrinariamente el objeto de la impugnación y nulidad de los acuerdos es que estos se retrotraigan al momento de la formación de los mismos, en la práctica estos tienen un efecto EX-TUNC

Por un lado, el artículo 145° de la LGS establece la posibilidad de suspender los efectos del acuerdo impugnado a pedido de accionistas que representen más del veinte por ciento del capital suscrito. Aquí, encontramos, a nuestro entender la primera contradicción pues si la legitimidad para interponer la demanda de impugnación le puede corresponder a un solo accionista (sin que se establezcan exigencias en cuanto

a su participación en el capital social), no podría por sí sólo solicitar la suspensión de los efectos del acuerdo a través de una medida cautelar, sino que tendría que recurrir a los accionistas con los que completara el mínimo de capital exigido por la Ley, lo cual sólo sería posible si estos son a la vez demandantes.

Ahora bien, como se trata de una medida cautelar, puede solicitarse antes de presentar la demanda o iniciado el proceso. Si se solicita en el primer caso, se entiende que todos los accionistas tendrían que ser demandantes del acuerdo cuya suspensión se solicita, sin embargo, como el artículo 145^o de la LGS, no establece ningún requisito a los accionistas que solicitan la medida, puede ser posible que presenten la solicitud de medida cautelar, aquellos accionistas que hubiesen concurrido a la JGA inclusive que hubiesen suscrito el acuerdo; sin embargo, no estarían legitimados para presentar la demanda. De modo que, para que no se produzca este error, el juez, al momento de calificar la procedencia de la medida cautelar, tomará especial interés en determinar si los accionistas se encuentran legitimados o no para solicitar esta caución.

En resumen, si el accionista demandante no representa más del 20% de participación en el capital social, no podría solicitar en la vía de la medida cautelar, la suspensión del acuerdo aunque sí podría presentar la demanda de impugnación correspondiente.

De otra parte, el artículo 120^o de la Ley de Sociedades anónimas española, sostiene que el demandante o demandantes que representen al menos un 5 por 100 del capital social, podrán solicitar en su escrito de demanda la suspensión del acuerdo impugnado. En este caso, si bien establece un porcentaje de la participación, si define que quien lo solicita tiene necesariamente que ser el demandante.

Cuestión distinta sucede por ejemplo en la legislación italiana, en la que el presidente del tribunal o el juez instructor, o los administradores y los síndicos, puede suspender, si existieran motivos graves, a petición del socio impugnante, la ejecución de la decisión impugnada, mediante decreto motivado que será notificado a los administradores¹⁴⁰.

140 Véase el cuarto párrafo del Art. 2378^o del Código Civil Italiano.

En este mismo sentido, la legislación argentina señala que, a pedido de parte, el juez se encuentra facultado para suspender los efectos de la resolución impugnada, previa garantía para responder por los perjuicios que la suspensión pudiera ocasionar a la sociedad, siempre que existieran motivos graves que así lo justificaran¹⁴¹.

No existe en la LGS un artículo que señale expresamente cuál es la suerte de los acuerdos impugnados que cuenten con sentencia fundada. Si tenemos en cuenta que estamos frente a dos acciones; una de impugnación y otra de nulidad, puede esperarse que ambas tengan efectos distintos debido a la gravedad de los temas que se discutan en una u otra. Sin embargo, el artículo 148° de la LGS sólo se limita a señalar que la sentencia que declare fundada la impugnación producirá efectos frente a la sociedad y todos los accionistas, pero no afectará los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo.

En ese sentido, la pregunta que se desprende inmediatamente será ¿cuáles son estos efectos?, si lo que se solicita es la nulidad del acuerdo. A decir de ELIAS, la sentencia que declara la nulidad de un acuerdo determina que el mismo no ha producido efectos jurídicos, al ser la nulidad la declaración de que el acto impugnado adolece de algún defecto sustancial en cuanto a su contenido o formulación y tiene efectos ex tunc, es decir, se retrotrae al momento en que se produjo el acto¹⁴².

Sin embargo, no queda claro el tema cuando la que se utiliza es la vía de la impugnación de los acuerdos pues en este caso no se pretende la nulidad del mismo, sino más bien, subsanar un acuerdo que adolece de algún requisito de forma, por tanto, es anulable o revocar el acuerdo que vulnera el pacto social, el estatuto o la propia ley. Por otro lado, si se solicitó la suspensión del acuerdo mediante una medida cautelar, se convertirá en definitiva con la sentencia fundada; pero el término suspensión definitiva encierra una contradicción porque si algo se suspende es de naturaleza temporal hasta que se decida qué hacer con el acuerdo impugnado.

Tampoco refiere la LGS; a la revocatoria del acuerdo impugnado, su sustitución o, en su defecto, de la orden del juez de subsanar los defectos en los que se incurrió al

141 Véase el art. 252° de la Ley de sociedades Comerciales argentina. En: por LOPEZ, XXX, Op. cit, p. 412.

142 ELIAS, Enrique; Derecho Societario peruano, Op. cit. p. 390

adoptar dicho acuerdo. La revocatoria del acuerdo implica que este quedará sin efecto desde el momento en que se emite la sentencia, si se trata de un acuerdo no inscribible o desde su inscripción en el registro público.

Sin embargo, la revocatoria y la suspensión de los acuerdos no se presentan como posibles efectos de la sentencia de impugnación, sino como causal de improcedencia de la demanda de impugnación, al configurarse como facultad de la sociedad.

4. INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS

La indemnización de daños y perjuicios no es acumulable en la acción de impugnación, pero si en la Nulidad. 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 reconvencción que por este concepto formule a 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”¹⁴³. 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.

143ELIAS LAROZA, Enrique, “Ley General de Sociedades comentada”, Editorial Normas Legales, 1998, p.

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 reconvencción 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 reconvencciones por lo mismo, que deban seguirse en uno de conocimiento”¹⁴⁴. 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 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 sometiendo 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. Consideramos que 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.”

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

144 BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, “Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades” Editorial Gaceta Jurídica, 1998, p. 339.

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.

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. 85º 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 Nissen¹⁴⁵ “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 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.”¹⁴⁶

145 NISSEN, Ricardo A. “Impugnación Judicial de Actos y Decisiones Asamblearias” Ediciones Depalma, Bs. Aires, 1989, p. 205.

146 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

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 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”¹⁴⁷.

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.

5. ACUERDOS QUE NO ESTAN TRATADOS EN LA LGS

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.

147 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Derecho de la Responsabilidad Civil” Gaceta Jurídica Editores, Cuarta Edición , 2006, p. 570.

Finalmente, no es posible pretender la nulidad o la impugnación de un acuerdo societario que discuta la validez de los acuerdos que no estén tratados en el artículo 139º y 150º.

No obstante en la práctica, una vez pasados los plazos o no teniendo alguna forma de impugnar un acuerdo societario como es el caso de exclusión de socios, algunos optaron por iniciar otro tipo de procesos que van desde el fraude a la ley, o el abuso de derecho, o la acción pauliana, tal como se procedió en la Cas. Nº 4778-2007 –Piura, en donde a través de esta acción se pretendía la nulidad de un acuerdo que adoptaba la decisión de excluir a un socio, donde lo que pretendía la socia no era la incorporación nuevamente a la sociedad, sino la devolución de su aporte que consistía en un bien inmueble:

Cas. Nº 4778-2007 –Piura

Que, apelada esta resolución, el Colegiado Superior revoca la apelada, declarando improcedente la demanda y argumentando que se ha acreditado que la actora fue una de las accionistas de la empresa demandada habiendo aportado un inmueble valorizado en un millón ciento treintiuno mil nuevos soles advirtiéndose que dicho bien se encontraba gravado a favor de la Caja Municipal de Piura hasta por doscientos dieciocho mil trescientos cuarenta y siete dólares americanos. Se ha acreditado también que Flor de María Rishing a fin de evitar el remate del bien pagó la totalidad de la deuda que tenía la Cooperativa, sustituyéndose en su calidad de acreedora; por ello, ante el incumplimiento de las obligaciones de la actora, se le excluye como socio, mediante sentencia del siete de mayo del año dos mil cuatro. También se ha acreditado que la empresa demandada celebra un contrato de compraventa del bien, materia de litis, con Ramón Gerardo Rishing Mendoza y otra, siendo éste el acto que cuestiona la actora, puesto que alega que se realiza con el fin de disminuir el patrimonio de la empresa. Se ha acreditado también que la actora ha demandado a la empresa demandada, por reembolso del valor de las acciones, más intereses compensatorios y moratorios; siendo que en el supuesto de que existiera un remanente a favor de la actora, la codemandada Milenium II SAC reúne los suficientes activos conforme se acredita con la constitución de la sociedad (fojas nueve), lo que permitiría responder por la deuda que pudiese existir; por lo que no se puede afirmar que la actora se encontraría, de darse el caso, impedida de hacer efectiva el cobro de su deuda. Por lo que el acto de compraventa no afecta la acreencia, de existir, de la actora.

6. PROPUESTA LEGISLATIVA

Texto original:

Art 150:

“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”.

Modificación:

Art 150:

“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.

Solamente los terceros que tengan legítimo interés pueden interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento. Los accionistas quedan excluidos de esta acción, pudiendo ejercitar si es necesario su derecho a la impugnación estipulada en el art 139

La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo.”

LEGISLACION COMPARADA

5.1. ESPAÑA:

.Ley de Sociedades Anónimas Española del 22 de diciembre de 1989

Sección 2. : 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.

5.2. ARGENTINA:

Ley de Sociedades Argentina. Ley 19550 de 1989

ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 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.

5.3 ITALIA:

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

5.4. VENEZUELA:

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 da 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.

CONCLUSIONES

1. La ineficacia de un acto o negocio jurídico hace referencia a la falta de producción de los efectos queridos por las partes o señalados por ley debido a un defecto en su conformación o por un evento posterior a dicha celebración. Por lo tanto la nulidad es un supuesto de ineficacia estructural o invalidez de los actos o negocios jurídicos consistente en la falta de uno de los elementos, presupuestos o requisitos conformantes del acto o negocio jurídico al momento de su celebración.

2. Los supuestos de nulidad pueden ser expresos o tácitos. En los primeros la causal está expresamente señalada en la ley; en los segundos, la causal tiene que ser inferida por el juzgador valorando la ilicitud del acto por contravenir al orden público o a las buenas costumbres. De tal modo que la nulidad difiere realmente de la inexistencia de un acto jurídico, no obstante, para nuestra codificación los efectos son los mismos, por lo que se puede decir que la inexistencia de un negocio jurídico ha sido asimilada a la nulidad del mismo.

3.. Coincidiendo con el criterio establecido en la LGS de diferenciar ambas instituciones, sin embargo, se encuentran aún ciertas contradicciones que bien podrían subsanarse con un adecuado tratamiento legal del tema, por lo tanto podría resumirse en lo siguiente:

a) Deben aclararse los efectos que traen consigo las sentencias que declaran fundadas las acciones de impugnación o nulidad toda vez que es la doctrina la que establece que uno de los posibles efectos sería la declaración de ineficacia del acuerdo. Pensamos que para el caso de la impugnación, el acuerdo podría revocarse o sustituirse y en su caso, subsanarse; dependerá de la naturaleza del acto impugnado; mientras que para la nulidad, la ineficacia del acto de declararías desde el momento de su nacimiento, convirtiéndose en inexistente. En ambos casos se debería cautelar los derechos de los terceros contratantes de buena fe como lo hace la legislación española - y no sólo limitarlo a las acciones de impugnación.

b) Debe asimismo aclararse la posibilidad de la solicitud de suspensión de los acuerdos por parte del demandante de la impugnación, sin que sea necesario es cumplimiento del requisito mínimo de participación en el capital, porque la exigencia de este requisito limitaría la posibilidad del demandante de solicitar una medida cautelar.

c) Finalmente, debe definirse el alcance del art. 150° de la LGS, toda vez que al remitirnos necesariamente al Art 38° del mismo cuerpo legal encontramos que las causales de impugnación establecidas en el art. 139°, con requisitos tan exigentes en cuanto a la legitimación y los plazos de caducidad, pueden ser observados tranquilamente a través de la causal de nulidad prevista en el Art. 150°, careciendo de sentido entonces que se establezcan dos formas de contradicción de los acuerdos si luego puede utilizarse la misma vía para ambos.

4. Hay quienes creen que se tiene dos alternativas para cuestionar la validez del acuerdo societario cuando las decisiones colisionen contra los derechos de la sociedad favoreciendo a algunos socios: tanto la vía de la Impugnación de acuerdos como la vía de la nulidad (absoluta), de acuerdo al tenor del artículo 38 de la LGS.

Ciertamente, semejante interpretación equivaldría a sostener que no tiene relevancia distinguir entre causales de nulidad y anulabilidad, y además que no importa si se vence un plazo de caducidad para la demanda de impugnación de

acuerdos societarios, pues, de ocurrir ello, puede demandarse lo mismo mediante la pretensión de nulidad, que tiene un plazo de caducidad mayor (lo que llevaría a cuestionar la existencia misma de los artículos 139 a 149 de la LGS, por inútiles).

Es de una obviedad saltante que una conclusión como esa es ajena por completo al sistema jurídico tanto en el ámbito civil como societario, y específicamente contraviene la esencia de este.

5. El problema radica en que la LGS parece identificar el término "impugnación" (que significa "atacar, combatir"¹⁰ y que puede ocurrir fuera, con y dentro del proceso) con la pretensión de declaración de nulidad relativa (o anulabilidad).

En propiedad, la impugnación de un acuerdo societario debería poder plantearse para lograr el efecto de anularlo, distinguiendo la pretensión de nulidad absoluta (con sus causales, plazos de caducidad, requisitos y legitimación) de la de anulabilidad (o nulidad relativa, con sus propios requisitos, causales, plazos, etc.).

Pero la LGS ha conferido al término "impugnación" la categoría de una pretensión específica (de anulabilidad), distinguiendo de ese modo las dos pretensiones: una, de anulabilidad (= impugnación) y la otra, de nulidad¹². Por ello, para la comprensión del texto de la LGS se ha hecho necesario el análisis sistemático y lógico de sus normas.

Por ello, es adecuado sostener que existen dos vías distintas para cuestionar la validez de los acuerdos societarios: la impugnación (por anulabilidad) y la de declaración de nulidad (absoluta), cada una por causales propias y excluyentes, con rutas procedimentales y plazos de caducidad distintos, no siendo dable considerar que ambas son alternativas.

6. Acordamos que es necesaria para una mayor comprensión, diferenciación y aplicación de las dos acciones una modificación al art. 150 de la LGS, para que se pueda delimitar la legitimación activa de dicha acción, restringiéndola solo para terceros.

7. Por último es importante también indicar que fuera de estas dos pretensiones (de anulabilidad -o impugnación- y de nulidad), en sede judicial no proceden otras pretensiones para cuestionar o invalidar los acuerdos societarios.

BIBLIOGRAFÍA

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. 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 Nº 47. Libre Competencia
3. BEAUMONT CALLIRGOS, RICARDO. “Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades”. Gaceta Jurídica editores. Lima- Perú. 1998.
4. BROSETA PONT, MANUEL. Manual de derecho Mercantil. Editorial Tecnos. Madrid-España. 1983.
5. JOSE LEON BARANDIARAN, “Tratado de Derecho Civil”. Tomo II Acto Jurídico, WG Editor, Lima, 1991.
6. CONASEV. Terminología Bursátil.
7. EL PERUANO. “La Nueva Legislación Comercial”. El Peruano, Lima 1994.
8. ELIAS LAROSA, ENRIQUE. Ley General de Sociedades comentada. Editora Normas Legales. Trujillo-Perú 1998.
9. HALPERIN, Isaac, sociedades Anónimas, 2da edición, Desalma, Buenos Aires, p. 660.

10. HUNDSKOPF EXEBIO, OSWALDO. Derecho comercial Tomo I. Universidad de Lima. Lima-Perú 1989.
11. HUNDSKOPF EXEBIO, OSWALDO. Derecho comercial Tomo II. Universidad de Lima. Lima-Perú 1994.
12. HUNDSKOPF EXEBIO, OSWALDO. El Derecho de impugnación de Acuerdos de Juntas Generales o de Accionistas y su ejercicio a través de acciones judiciales. IUS ET VERITAS Nro. 11, Noviembre de 1995. Lima-Perú.
13. LOPEZ TILLI, Alejandro, Las asambleas de accionistas, Editorial abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires.
14. MONTOYA MANFREDI, ULISES. "Derecho Comercial". Tomo I. Editorial Desarrollo Cuarta Edición. Lima-Perú. 1980.
15. MONTOYA MANFREDI, ULISES. "Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles". Imprenta de la Universidad Mayor de San Marcos. Lima- Perú 1967.
16. MONTOYA MANFREDI, ULISES. Derecho comercial. Editora Grijley. Lima-Perú 1998.
17. RICHARD, EFRAIN HUGO Y MUIÑO, ORLANDO MANUEL. Derecho Societario. Editorial Astrea. Buenos Aires-Argentina. 1997.
18. RUBIO CORREA, Marcial: "Nulidad y Anulabilidad. La Invalidez del Acto Jurídico", Biblioteca Para Leer el Código Civil, Volumen IX, Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo Editorial, Lima, 1989.
19. TORRES CARRASCO, Manuel Alberto; El derecho de impugnación de los acuerdos societario, En: Tratado de Derecho Mercantil, Tomo I, Derecho Societario, 2da edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
20. URÍA, Rodrigo, MENENDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel; Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, Tomo V, La Junta General de Accionistas; Civitas, Madrid, 1992.
21. VEGA VELASCO, Jorge; Impugnación y nulidad de acuerdos societarios, En: Tratado de Derecho Mercantil, Tomo I, Derecho Societario, 2da edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.