

---

## ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

---

**Eugenia Ariano Deho**

*Profesora de Derecho Procesal Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima.*

---

### 1. PREMISA

---

**L**a Ley General de Sociedades (ley 26887) a lo largo de sus 448 artículos consagra una larga lista de las denominadas “pretensiones” (y en ocasiones “acciones”), vale decir, una serie de situaciones jurídicas sustanciales tutelables jurisdiccionalmente, a las cuales, en la mayoría de supuestos, les ha indicado el camino procesal a seguir, convirtiendo esas numerosas normas en una suerte de “guía de vías” por las que los sujetos legitimados en forma expresa por la ley deben transitar para obtener la tutela deseada.

¿Con qué criterio se pueden agrupar esas distintas “pretensiones” típicas consagradas por la ley? Ciertamente, el criterio más sencillo, pero en nuestro concepto menos coherente, sería agruparlas sobre la base de la vía procedimental optada por el legislador (vía sumarísima, abreviada, “conocimiento”, ejecutiva y no contenciosa).

Seguir ese criterio poco nos aclararía el panorama de esta suerte de telaraña que nuestro legislador societario ha consagrado. Otro criterio sería ir identificando artículo tras artículo, según el orden en que van apareciendo en la ley. Pero ello tampoco nos parece coherente y poco contribuye a aclararnos el panora-

ma de las situaciones tutelables jurisdiccionalmente<sup>1</sup>.

Por ello, a fin de dar un cuadro de aquellas "situaciones jurídicas tutelables jurisdiccionalmente" hemos considerado que se podría hacer en atención al sujeto al que la ley le reconoce una situación jurídica de ventaja o de desventaja (derechos subjetivos, derechos potestativos, meras facultades, deberes, cargas, etc.), vale decir, en función de la legitimación.

Es así que las páginas que siguen adoptan un criterio eminentemente subjetivo, teniendo en cuenta los sujetos legitimados tanto activa como pasivamente por la propia ley, para ejercitar o para soportar las diversas "pretensiones".

En tal sentido, nos ocuparemos de las siguientes "pretensiones": de los socios (contra sus consocios o la sociedad, contra los administradores); de la sociedad contra los socios, y de los terceros (contra la sociedad o los socios).

## 2. PRETENSIONES DE LOS SOCIOS

La Ley General de Sociedades (en adelante LGS), en parte reconstituyendo lo ya previsto en la derogada, ha establecido toda una gama de derechos, a los que la doctrina denomina "derechos individuales de los socios", que se suelen clasificar en derechos de índole patrimonial<sup>2</sup> y derechos de índole social, político y administrativo. Nos vamos a ocupar, principalmente, de estos últimos, pues la mayoría de pretensiones consagradas en favor de los socios están relacionadas con el ejercicio de esta categoría de derechos.

### 2.1 Pretensión de regularización (perfeccionamiento o disolución) de la sociedad

La primera situación tutelada por la LGS en beneficio de los socios es la de salir de una situación de irregularidad. Para ello, son dos las opciones:

- o se pretende la regularización, perfeccionando la constitución de la sociedad con la obtención de la personalidad jurídica;
- o se opta por la más drástica de eliminar la irregularidad provocando su extinción, previa disolución y liquidación.

1 Si siguiéramos tal criterio nos bastaría hacer un cuadro sinóptico. Cabe señalar que el profesor Juan Monroy Gálvez ("El proceso en la nueva Ley General de Sociedades". *Ius et Veritas* 16, p. 8 y ss), bajo la premisa de que "el legislador nacional mantuvo la visión minusválida de la actividad procesal que recibió en su formación universitaria" (p. 12) propuso ("con el propósito manifiesto de plasmar un documento útil para el justiciable") que se incluyera "un Libro dedicado única y exclusivamente a la actividad judicial" que no es más que una inconexa avalancha de las diversas normas de la Ley General de Sociedades (LGS) que algo tienen que ver con un proceso, en particular en su propuesta (en "sus" artículos 454, 455, 459 y 461) concentra bajo la formulilla "Se tramitan por la vía procedimental..." las diversas "pretensiones" según el camino procesal que él consideró pertinente (y que no difiere en sustancia de lo previsto en la LGS). Hay que señalar que ese tipo de trabajo bien se puede hacer en los manuales sin que se precise que esté en la ley.

2 Cfr. GUTIÉRREZ FALLA, Laureano F. *Derecho mercantil. Contrato societario y derechos individuales de los accionistas*. Buenos Aires: Astrea, 1988, p. 220, quien señala que los derechos patrimoniales de los socios "se hacen efectivos: a través de la participación en las utilidades, mediante la declaración de dividendos; en la cuota de liquidación, para los casos de disolución total o parcial de la sociedad, y en el ejercicio de derechos de opción en los aumentos de capital, las tres formas en que clásicamente se reparten entre los socios el patrimonio social y las utilidades acumuladas".

A lo primero se dirige el precepto del artículo 5, tercer párrafo de la LGS: "Cuando el pacto social no se hubiese elevado a escritura pública, cualquier socio puede demandar su otorgamiento por el proceso sumarísimo".

Estamos, pues, ante una típica pretensión dirigida a salir de esa irregularidad consistente en la no constitución de la sociedad por cuanto el "pacto social" (vale decir, aunque la ley no ha querido decirlo, el *contrato*) no se elevó a escritura pública y, en consecuencia, no se pudo inscribir y la sociedad no ha podido adquirir la personalidad jurídica.

Pero, ¿cuál es el interés del socio que se está tutelando? Este resulta evidente: mientras la sociedad no perfeccione su constitución, los socios responden personal y solidariamente por las deudas sociales (artículo 424, segundo párrafo)<sup>3</sup>.

Esta pretensión de otorgamiento de escritura pública de constitución tiene como legitimado activo a cualquiera de los socios y debe dirigirse contra los demás socios (legitimados pasivos), y según el mencionado artículo 5 se tramita en la vía del proceso sumarísimo, opción procedimental del legislador societario a falta de otro camino mucho más expedito o eficaz dentro de nuestro sistema y, obviamente, está dirigida a obtener una sentencia de condena a un hacer: que se otorgue la escritura.

Ahora bien, ¿qué pasa si pese a la sentencia de condena a ese hacer los socios condenados no lo hacen? Pues, lo hará el juez en rebeldía de estos (artículo 709 Código Procesal Civil).

El demandar el otorgamiento de la escritura pública de constitución sólo será viable cuando el pacto social contenga todos los requisitos para la constitución de la sociedad (que debe contener también el estatuto). ¿Qué ocurre si al pacto social le falta algún requisito exigido imperativamente por la ley o estamos en presencia sólo de una sociedad de hecho? Pues en estos casos el artículo 426 de la LGS señala que los socios (lo que se hace extensivo también a los administradores, los acreedores de la sociedad o de los socios) pueden solicitar la regularización o bien la disolución —de la que hablaremos luego— y para el primer supuesto (regularización) nos remite al artículo 119. ¿Qué dice este artículo? Este regula la convocatoria judicial a junta obligatoria anual.

Entonces, en aquellos casos en que los socios quieran salir de la irregularidad, lo que deben hacer es solicitar la convocatoria judicial a junta general, con el fin de que se adopten los acuerdos necesarios para regularizar la sociedad. En suma, llamar al órgano supremo de la sociedad con el fin de que, según los casos, se adopten los acuerdos pertinentes, vale decir, que directamente no le puede demandar al órgano jurisdiccional que se adopten las medidas tendientes a regularizar la sociedad. La regularización se hará a través de la manifestación de la voluntad social en junta general. La convocatoria judicial se debe demandar por el procedimiento no contencioso.

Pero, como ya dijimos, existe otro camino para salir de la irregularidad. Ese otro camino es pedir la *disolución de la sociedad*. Para este segundo camino el artículo 426 de la LGS nos remite al artículo 409. Este, a su vez, señala dos caminos: el primero, una vez verificada una causa de disolución, cualquier socio puede requerir al directorio para que convoque a junta y

3 Obviamente, ello funciona cuando la sociedad cuya constitución debe perfeccionarse aun sea una de capitales (sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada) o mixta (en la sociedad en comandita en cuanto a los comanditarios).

de no efectuarse la convocatoria, el juez del domicilio social hará lo que refleja la intención del legislador, de que *siempre sea el órgano supremo de la sociedad quien tome las decisiones trascendentes para esta*. Pero, si la junta general no se reúne o si reunida no adopta el acuerdo de disolución o las medidas correspondientes, cualquier socio (administrador, director o gerente) puede solicitar al juez que declare la disolución de la sociedad, vale decir, que en tal supuesto (no reunión de la junta a pesar de haber sido convocada por los administradores o, en su caso, por el juez, o reunida no adopta el acuerdo requerido) los socios pueden demandar directamente al juez que sea este quien declare la disolución. Esta pretensión "directa" de declaración de disolución debe dirigirse contra la sociedad y se tramita en la vía sumarísima.

Según el artículo 410 de la LGS, cuando la disolución haya sido dispuesta por resolución de la Corte Suprema, siempre que la sentencia no haya dispuesto otra cosa, el directorio, el gerente o los administradores deben convocar a junta general con el fin de que esta nombre a los liquidadores.

Si no se hace la convocatoria, si la junta no se reúne, o si reunida no nombra a los liquidadores, cualquier socio (o tercero) puede solicitar al juez de la sede social que designe a los liquidadores "por el proceso sumarísimo". No entendemos las razones por las cuales se debe seguir todo un proceso contencioso como es el sumarísimo. En mi concepto bastaría, en todo caso, el no contencioso, pues de lo que se trata es de que el juez supla esa voluntad faltante de la sociedad, típico supuesto de los no contenciosos.

Así, pues, frente a una situación de irregularidad (en cualquiera de los supuestos del artículo 407 de la LGS) los socios pueden optar entre lograr la regularización (que en los más de los casos implicará el

otorgar la escritura de constitución y su posterior inscripción registral) o bien buscar la extinción de la sociedad a través de su puesta en disolución y liquidación. Para lograrlo deberá acudir, en la mayoría de los casos, al órgano jurisdiccional.

## 2.2 Pretensión de otorgamiento de escritura pública

Tema conexo al tratado en el número anterior, el artículo 15 de la LGS señala que cualquier socio (o tercero) puede (es una mera facultad) demandar el otorgamiento de escritura pública de aquellos *acuerdos* que requieran esta formalidad. La pretensión igualmente se tramita por la vía sumarísima. Dado que el artículo 5 LGS se refiere al pacto social (acto constitutivo) el artículo en comentario debe referirse a todos los otros acuerdos (o actos) que requieran de escritura pública para su posterior inscripción. Así, emisión de obligaciones (artículo 308), modificación del estatuto (artículo 198), acuerdo de transformación (artículo 340), de fusión (artículo 357), de escisión (artículo 381). En estos supuestos, la sociedad es legitimado pasivo.

## 2.3 Pretensión dirigida a la revalorización de los aportes no dinerarios

El artículo 76 de la LGS, en cuanto a la sociedad anónima, impone al directorio la obligación de proceder a la comprobación del valor de los aportes no dinerarios, dentro del plazo de 60 días de la constitución o del aumento de capital. Vencido dicho plazo sin que el directorio haya procedido a tal comprobación, y dentro de los 30 días siguientes, cualquier accionista podrá solicitar que se compruebe judicialmente la valorización.

Hay que tener en cuenta que según el artículo 27 de la LGS en la escritura pública donde conste el aporte de bienes, debe insertarse un informe de valorización en el que se describen los bienes o derechos objeto del aporte, los criterios empleados para su valuación y su respectivo valor. Eso es el objeto de comprobación. ¿Por qué se debe proceder a la revalorización? Pues para evitar encontrarnos con un capital social "inflado", es decir, un capital social (nominal) mayor que aquel efectivo.

La pregunta es por qué si el directorio no procede a la comprobación, se legitima solo a los accionistas para demandar que la comprobación se haga judicialmente. Pues porque mientras no se proceda a su revaluación, "no se emitirán las acciones que correspondan a las aportaciones materia de la revisión". He aquí el interés (particular) de los accionistas (aportantes de los bienes) que justifica la intervención del órgano jurisdiccional<sup>4</sup>.

Curiosamente, esta "pretensión" que está dirigida a establecer el real valor de los bienes aportados (es decir, la real entidad del capital social) se tramita como proceso abreviado y está destinada a que se compruebe la valorización mediante operación pericial. No vemos la razón de utilizar un proceso con contradictorio para realizar una operación pericial; para tal fin, bastaría un procedimiento no contencioso (artículos 284, 290 y 297 del Código Procesal Civil).

#### 2.4 Convocatoria judicial a junta general

Otro grupo de pretensiones que se reconocen a los socios —contra la sociedad— son las relativas al derecho de convocatoria a junta general.

Los supuestos de la ley son, sustancialmente, cuatro:

El primero, previsto en el artículo 117 de la LGS, constituye el clásico derecho que todas las leyes societarias conceden a los socios minoritarios, de poder pedir que se convoque a junta general. Pero el pedido de convocatoria debe ser efectuado por accionistas *que representen al menos el veinte por ciento de las acciones suscritas* con derecho a voto. La solicitud debe ser hecha notarialmente al directorio, y si éste la deniega o transcurren los plazos establecidos en dicho artículo sin que se materialice la convocatoria, "el o los accionistas, acreditando que reúnen el porcentaje exigido de acciones, podrán solicitar al juez de la sede de la sociedad que ordene la convocatoria por el proceso no contencioso". La vía no contenciosa —hay que anotar— es la más pertinente, por cuanto el juez hace lo que no hizo el directorio.

El segundo supuesto es el contenido en el artículo 119 de la LGS y está referido a la convocatoria judicial a junta obligatoria anual (artículo 114). Si no se convoca a esta junta (u otra prevista como obligatoria en el estatuto) o si convocada no trata los asuntos que corresponde, a pedido del titular de *una sola acción suscrita* con derecho a voto, el juez hará la convocatoria correspondiente, siguiéndose el camino del proceso no contencioso. Si la junta es obligatoria debe realizarse. Si no se realiza porque no se convoca en el momento oportuno por el directorio, tal voluntad faltante es suplida por el juez.

4 En realidad los más interesados en que el capital nominal coincida con el capital efectivo son los acreedores sociales que encontrarán en el patrimonio de la sociedad su garantía genérica. Sin embargo, nuestra ley no los legitima, y legitima sólo "a cualquier accionista".

El tercer supuesto es el contenido en el artículo 158 de la LGS. Producido un vacío de poder en la sociedad, por haber vacado un número tal de directores que el órgano de gestión no pueda reunirse válidamente, nace en los directores supérstites el deber de convocar inmediatamente a junta general para la elección del nuevo directorio. Si todos los directores han vacado, la convocatoria debe ser realizada por el gerente general. Si dicha convocatoria no se hace dentro de los diez días siguientes de verificados los hechos, *cualquier accionista* puede solicitar la convocatoria judicial a junta general para tal fin. Curiosamente, a pesar de que se da el mismo supuesto de hecho —no convocatoria por quien por disposición de la ley debe hacerlo— esta pretensión de convocatoria judicial debe tramitarse en un proceso sumarísimo. No entendemos la razón. Quien debía convocar (directores supérstites o gerente) no convoca, pues supliendo esa ausencia de voluntad, si se dan los supuestos de ley, lo hace el juez, y para ello no necesitamos un proceso con contradictorio; basta el no contencioso.

Lo mismo ocurre con el cuarto supuesto —ya visto—, que es el contemplado en el artículo 409 de la LGS. Verificada una causal de disolución, el directorio (o cualquier socio, administrador o gerente en caso de que no exista), debe convocar a junta general, en un plazo máximo de 30 días, para que se adopte el acuerdo de disolución. Si así no se hace, la convocatoria se hará judicialmente... por el proceso sumarísimo (cuarto párrafo del artículo 409 de la LGS).

### 2.5 Impugnación judicial de acuerdos sociales

Sin duda alguna, "tema príncipe" en lo que podemos llamar el "derecho procesal societario" es la impugnación judicial de acuerdos sociales. Tema polémico, tormen-

tos y lleno de incertidumbres sobre el cual lamentablemente nuestra ley no ha logrado, precisamente, aclararnos la panorámica<sup>5</sup>.

Son sustancialmente tres las normas que posibilitan tal cuestionamiento, a saber: el artículo 38 (válido para todas las sociedades) y los artículos 139 y 150 de la LGS para la sociedad anónima.

¿Qué dice el artículo 38? Pues declara que son *nulos* los acuerdos:

- Adoptados con omisiones de las formalidades de publicidad prescritas (se entiende que por la ley).
- Contrarios a:
  - las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres;
  - las estipulaciones del pacto social o del estatuto (si es que previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto).
- Que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios.

5 Es tan polémico que en la doctrina comercialista nunca ha existido "acuerdo" sobre la naturaleza del derecho de "impugnar los acuerdos": para algunos, el socio que impugna un acuerdo social actúa como órgano de defensa social para remediar la deficiente actuación de la junta general (Lehmann, Vivante, Ferri); para otros, el socio no hace valer un derecho subjetivo, sino que obra en interés social como quien ejercita una acción popular (Ascarelli); otros consideran que el legislador atribuye al socio la facultad impugnatoria exclusivamente para el interés del ordenamiento jurídico de la sociedad, como elemento de esta (Donati); finalmente, otros conciben el derecho a impugnar como un auténtico derecho subjetivo en el cual se protegen sus derechos individuales como socio (Candian, Vaselli). Cfr. GARRIGUEZ, Joaquín y Rodrigo URÍA. *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. 3a. edición, vol. I. Madrid, 1976, p. 749. Cfr. Igualmente, el clásico ensayo de Minervini: *Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, en *Rivista del diritto commerciale*, 1955, p. 207 y ss., y la respuesta (también clásica) de Opp: "Amministratori e sindacati di fronte alle deliberazioni assembleari invalide". *Rivista del diritto commerciale*, 1957, p. 224 y ss.

Esta norma nos sorprende con esta categórica declaración sobre cuáles son los *acuerdos nulos*, englobando dentro de los supuestos de nulidad a supuestos tradicionalmente considerados de anulabilidad, vale decir que nuestra ley no hace el deslinde entre supuestos de acuerdos nulos y supuestos de acuerdos anulables, lo que es alarmante. Todos los acuerdos que se encuadren dentro de alguno de los supuestos del artículo 38 son simplemente nulos.

En la anterior LGS, en su artículo 143 se establecía que:

Podrán ser impugnados los acuerdos de la junta general que sean contrarios a la ley, se opongan al estatuto o que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad.

Bueno es recordar que este artículo no hacía sino reproducir (mal que bien) el artículo 67 de la Ley Española de Sociedades Anónimas del 17 de julio de 1951. Sobre esta comentaba Garriguez que:

En el plano teórico y doctrinal acaso pocas cuestiones ofrezcan dificultad mayor que la de trazar la línea divisoria entre la nulidad y la anulabilidad, pero transportado el problema al ámbito de nuestra ley de sociedades anónimas, la vieja, inagotable y difícil cuestión se simplifica notablemente. No ha lugar a discutir en este terreno dónde empiezan y terminan los acuerdos nulos, o si cabe distinguir la nulidad radical de la inexistencia; no hay lugar a las dudas de que han encendido vivas controversias en otros derechos respecto al criterio de distinción entre acuerdos nulos y anulables, porque la ley española, reservando el ejercicio de las acciones de nulidad para la impugnación de los acuerdos contrarios a la ley, establece un criterio diferencial que si acaso no puede reputarse demasiado técnico ofrece, en la mayoría de casos, la gran ventaja de la claridad (...). Todos los acuerdos sociales de que habla el artículo 67 pueden

ser combatidos judicialmente, ejercitando la acción de impugnación por el procedimiento especial establecido en el artículo 70 dentro del plazo de cuarenta días a partir de la fecha del acuerdo o en el mes siguiente a su inscripción en el Registro. *Pero, además, cuando el acuerdo impugnabile sea contrario a la ley, podrá ser combatido fuera de esos plazos con el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad, siguiendo el procedimiento del juicio declarativo ordinario*<sup>6</sup>.

Y agregaba el maestro madrileño que:

Tenemos pues, que los acuerdos contrarios a la ley podrán ser perseguidos judicialmente de dos maneras: con el ejercicio de la acción de impugnación del artículo 67 ajustada a las normas procesales del artículo 70, o ejercitando una acción de nulidad en el juicio declarativo ordinario. Mientras que los acuerdos meramente anulables (acuerdos contrarios a los estatutos o acuerdos que lesionen los intereses sociales en beneficio de uno o varios accionistas) habrán de ser necesariamente combatidos, ejercitando la acción de impugnabilidad que la ley regula. De esto se sigue ya la siguiente y fundamental consecuencia: la anulabilidad se sanará si el acuerdo no se impugna en los breves plazos señalados en la ley, y, en cambio, la nulidad de los acuerdos contrarios a la ley no es subsanable por el transcurso del tiempo; estos acuerdos no pueden ser ratificados o convalidados por otro acuerdo posterior y el ejercicio de la acción dirigida a obtener la declaración de nulidad de los mismos ni caduca ni prescribe<sup>7</sup>.

De la exposición de Garriguez resultaba clara la distinción de cuáles serían los acuerdos nulos (los contrarios a la ley). Así, los referentes a la validez del acuerdo

6 GARRIGUEZ, Joaquín. Op. y vol. cit., pp. 749-750 (las cursivas son nuestras).

7 *Ibidem*, p. 751.

en atención al cumplimiento de las formalidades de convocatoria a junta general; no formación de la voluntad social; acuerdos contrarios a un mandato legal, incluyéndose los contrarios al orden público, la moral, las buenas costumbres y que violen derechos que la ley concede a los accionistas. Todos los demás serían anulables<sup>8</sup>.

Pues bien, de nuestro artículo 38 LGS resultaría que *todos* los acuerdos que se encuadren en algunos de sus supuestos serían simplemente *nulos*. Tal es la categórica prescripción. Pero, ¿cuál es el problema? Pues que la pretensión de nulidad

consagrada en el artículo 38 tiene, en primer lugar, una legitimación abierta. En efecto, por remisión al artículo 35 esta "pretensión" puede ser ejercitada por cualquier persona con legítimo interés (lo que, según el derecho común, por lo general funciona en todos los auténticos supuestos de nulidad), es decir, cualquiera que alegue tener algún tipo de interés podría demandar la declaración de nulidad del acuerdo. Así, podrían ser los propios socios, sin distinción de si fueron ausentes o asistentes, si votaron o no a favor del acuerdo, administradores en general, o cualquier tercero que por alguna circunstancia de hecho o de derecho tenga un interés en la declaración judicial de nulidad.

Esto es definitivamente peligroso, porque acuerdos que normalmente solo involucran intereses de los socios (por ejemplo, los contrarios al estatuto pero no a la ley) podrían ser cuestionados por cualquiera, poniendo en grave riesgo la marcha social<sup>9</sup>. En segundo lugar, la demanda se articula como proceso abreviado (implicante con la previsión del artículo 150, como veremos), y, por último, porque toda demanda de nulidad, sea cual fuere la causal que afecta el acuerdo, caduca; en principio, a los dos años de adoptado el acuerdo, incluso los que van contra el orden público y las buenas costumbres.

¿Cuál es la importancia de distinguir entre nulidad y anulabilidad? Tradicionalmente, se considera que cuando se ejercita una pretensión de nulidad, el juez lo

8 En la regulación española (según el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas: TRLSA, Real decreto legislativo 1564/89, del 22 de diciembre de 1989) sobre la materia se establece: Acuerdos impugnables: contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen en beneficio de uno o varios accionistas o terceros los intereses de la sociedad (artículo 115.1). También son impugnables los acuerdos nulos y anulables del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración (artículo 134). Se consideran nulos los acuerdos contrarios a la ley; los demás serán anulables (artículo 115.2). Plazo para el ejercicio de la acción: los nulos caducan en el plazo de un año. Salvo los contrarios al orden público que no caducan. Respecto de los anulables caduca a los cuarenta días. Procedimiento: el juicio ordinario, de menor cuantía de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) 2000 (artículo 118); partes: activa: respecto de los acuerdos nulos: accionistas, administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo. Para los anulables: accionistas asistentes-disidentes, los ausentes, los ilegítimamente privados de emitir su voto y los administradores (artículo 117.1 y 2). Pasiva: la sociedad. La representación procesal de esta la tiene aquel designado en los estatutos. Si el representante estatutario es el impugnante y la junta no hubiere designado a nadie para tal efecto, el juez nombrará a la persona que ha de representarla en el proceso entre los accionistas que hubieren votado a favor del acuerdo (artículo 117.3). Cfr. en lo demás: RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho Procesal Civil* 5. Tomo II. Barcelona: J. M. Bosch, 1992, pp. 852-856 y para las modificaciones aportadas por la nueva LEC 2000, véase GÓMEZ COLOMER, Juan Luis en MONTERO AROCA, Juan y otros. *El nuevo proceso civil*. Valencia: Tirant le Blanch, 2000, pp. 781-782.

9 Decía, en su momento, Carlos MIGUEL Y ALONSO, citando a PÉREZ SERRANO, que "la amplitud y vaguedad del título que para accionar se exige a los terceros, puede originar graves perplejidades y peligros, creando poco menos que una anómala *actio popularis* en materia tan delicada". "El nuevo proceso de impugnación de los acuerdos sociales". *Revista Jurídica de Cataluña*. Marzo-abril de 1953, p. 105.

que hace en su sentencia es declarar un Estado de derecho existente y esta no produce ninguna modificación fuera de la de dar certeza de tal situación jurídica (declarar que el acto es nulo, porque siempre ha sido nulo: sentencia meramente declarativa); en cambio, si estamos ante un acto viciado por alguna causal de anulabilidad, el acto por sí mismo no es nulo, y la anulación es la consecuencia de la verificación por parte del juez de que se dan los supuestos previstos en la norma para, justamente, invalidarlo, provocando la sentencia el cambio (sentencia constitutiva). Como bien dice Liebman:

... la diferencia entre nulidad y anulabilidad está precisamente toda aquí: la primera es consecuencia de un defecto tan radical, que el contrato no ha llegado nunca a tener existencia jurídica; en cambio, las causas de anulabilidad permiten la existencia del contrato, aunque viciado, y solamente la sentencia del juez producirá su anulación<sup>10</sup>.

La categórica declaración del artículo 38 de la LGS no debería provocar ninguna duda: todos los acuerdos que se encuadren en alguno de los supuestos de dicho artículo son nulos. La pretensión de nulidad es meramente declarativa, se ejercita en un proceso abreviado y caduca a los dos años (como regla). Solución curiosa esta última, pues resulta que un acuerdo "nulo" (e incluso inexistente, como el caso de adopción de un acuerdo por una "no-junta", por no haberse convocado a ésta) se convalida por el transcurso del tiempo.

Pero, si solo existiera esta norma no habría ningún problema (es un decir), pues

estaríamos ante una norma cuestionable pero clara. El problema se presenta cuando en la regulación de la sociedad anónima vuelve a consagrar la "pretensión" de impugnación de acuerdos sociales.

Es así que el artículo 139 de la LGS, modificando en parte la redacción del artículo 143 de la vieja ley, establece:

Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de una junta general cuyo contenido sea contrario a la 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 (resaltado de la autora).

Y agrega:

Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la ley [¿cuál?] o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley (resaltado de la autora).

Una rápida comparación de las causales de impugnación previstas en el primer párrafo del artículo 139 de la LGS, con los supuestos de "acuerdos nulos" del artículo 38, nos permite concluir que todos los supuestos contemplados por el artículo 139 son los supuestos del artículo 38, con la salvedad de que no se han mencionado expresamente "los acuerdos adoptados con omisión de las formalidades de publicidad", pero de la lectura del artículo 143 (en cuanto dice: "las que se sustenten en defectos de convocatoria") resulta claro que también —y ello es por demás obvio— constituyen causal de impugnación esos supuestos de acuerdos radicalmente nulos (más bien inexistentes). Es así que los acuerdos contrarios a la ley, al estatuto o pacto social o que lesionen a la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o más accionistas, pueden fundar una pretensión impugnatoria que tendrá por obje-

10 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJE, 1980, p. 141.

to que se pronuncie una sentencia meramente declarativa de nulidad (y no, según los casos, de nulidad o anulación).

Pero esta pretensión impugnatoria tiene una legitimación más cerrada y plazos de caducidad más breves que los del artículo 38. Así, sólo están legitimados para impugnar estos acuerdos que, repetimos, son para nuestra ley *nulos*, los accionistas disidentes que hubieren hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que fueron privados ilegítimamente de emitir su voto (artículo 140). Nadie más. Los accionistas asistentes –votantes o no a favor del acuerdo– no están legitimados. No lo están los directores ni el gerente. Solo esos socios. Es más, según la situación del accionista, la ley discrimina los plazos de caducidad: dos meses de la fecha de adopción del acuerdo impugnado si es un disidente, tres si es un ausente y uno desde su inscripción –para ambos supuestos– si el acto es inscribible (artículo 142).

Pero lo más curioso es que la pretensión impugnatoria se ejercita también en la vía abreviada, en casi todos los supuestos, y sólo cuando esta se fundamente en defectos de convocatoria o falta de quórum se tramita por el proceso sumarísimo (artículo 143). ¿Cuál es la diferencia, entonces, con la pretensión de nulidad del artículo 38 que también se tramita por la vía del proceso abreviado? La diferencia se reduce a la legitimación y a los plazos de caducidad, pero en el fondo se pretende lo mismo: que se declare la nulidad (no la anulabilidad) del acuerdo. ¿Cuál es la ventaja? ¿Cuál es la razón para este aparente concurso de pretensiones con un mismo objeto? ¿Cuál es la razón de conceder una legitimación amplia en los supuestos del artículo 38?, y ¿cuál es la razón para una legitimación restringida en los casos del artículo 139?, si en el fondo se pretende lo mismo, si el interés en juego resultaría ser el mismo (aunque no se sabe bien cuál es: interés social o interés in-

dividual del socio). ¿Cuál es la razón de un plazo de caducidad, en principio, de dos años conforme al artículo 38, y cuál la del plazo breve conforme al artículo 139? No se entiende. No se justifica esta duplicidad de regulación. Pero el problema se acrecienta si leemos el artículo 150, que a la letra dice:

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.

Y agrega:

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.

Si según el ya tantas veces mencionado artículo 38 todos los supuestos del artículo 139 lo son de acuerdos nulos, resultaría que vencidos los plazos de caducidad breves del artículo 142, esos socios legitimados para interponer la pretensión impugnatoria podrían (como cualquier otro tercero con legítimo interés en la declaración de nulidad) interponer la denominada “acción de nulidad”, en la vía de conocimiento, dentro del año de adoptado el acuerdo.

La regulación deja sin duda perplejos. De ella resulta que: a) cualquier persona con legítimo interés puede demandar la declaración de nulidad de los acuerdos contrarios a la ley, al estatuto, al pacto social, o que benefician directa o indirectamente a uno o más socios, lesionando a la sociedad; b) lo pueden hacer a través de un proceso abreviado y dentro del plazo de dos años de adoptado el acuerdo viciado de nulidad. Esto vale para todas las sociedades.

Tratándose de sociedades anónimas, parecería que los socios (disidentes, ausentes privados de emitir su voto ilegítimamente) gozarían de dos caminos: a) llaman a su "pretensión" "de impugnación", se amparan en el artículo 139, plantean su demanda en la vía abreviada (en todos los casos, menos en aquellos que el fundamento de la pretensión sea un defecto en la convocatoria o falta de quórum en que la vía designada por la ley es la sumarísima) dentro de los breves plazos de caducidad del artículo 42; b) si se les pasa el tiempo señalado por dicho artículo, llaman a su pretensión "de nulidad", se amparan en el artículo 150 y plantean su demanda en la vía de conocimiento dentro del plazo de un año. Todo ello basándose en la misma *causa petendi* (la nulidad del acuerdo), porque además *-nomen iuris* aparte es el mismo *petitum* (la declaración de nulidad)<sup>11</sup>. Con el agregado de que esta "acción de nulidad" no solo corresponde a los socios, sino a cualquiera. Esta solución nos parece definitivamente absurda.

Por último, quisiéramos agregar que en los procesos de impugnación de acuerdos es posible *-si se dan los supuestos del artículo 145 de la LGS-* solicitar como medida cautelar la suspensión del acuerdo impugnado. Presupuesto especial para su concesión es que los solicitantes representen por lo menos el 20% del capital social. La exigencia es lógica si se quiere evitar que ese socio impugnante, que a veces no es más que un socio "dañino" o "chantajista" (un *dermatophilus penetrans* como lo llama la

doctrina italiana)<sup>12</sup>, que nunca falta en un ente colectivo, pueda entorpecer la marcha social, simplemente por el interés mezquino de molestar planteando una impugnación judicial y solicitando una medida de suspensión de acuerdos, que tan graves consecuencias puede tener en la marcha de la sociedad.

Pero, ¿en un proceso de nulidad de acuerdos será posible obtener igual medida? Nada nos dice la ley societaria. Al respecto, hay que tener en cuenta que nuestro Código Procesal Civil ha consagrado un (peligroso) sistema de medidas cautelares abierto, en donde frente a los presupuestos genéricos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora* se puede dictar cualquier medida, con cualquier contenido, destinada a asegurar la eficacia de la resolución definitiva de fondo. Así, pues, será posible que en un proceso de "nulidad de acuerdos" *-así llamado-* se pida una medida cautelar de suspensión de acuerdos (que es la más pertinente para garantizar la eficacia de la resolución definitiva de fondo: nulidad) sin que sea necesario el requisito específico de que quien la solicite sea titular al menos del 20% de las acciones (o de su participación en el capital social). Situación esta que quedará librada a la discrecionalidad de los jueces que tengan que determinar si conceden o no la medida cautelar solicitada y con la concurrencia de qué presupuestos en el caso concreto, con la no rara posibilidad de que dicten, *inaudita altera parte*, o sea fuera de todo control, la que ellos consideren "más adecuada", a estar al "ultra poder de cautela" que se obtiene de la combinación de lo dispuesto en los artículos 611 y 629 del Código Procesal Civil<sup>13</sup>.

11 Nótese que el legislador utilizó la implicate frase "acción de nulidad para invalidar". Se invalida lo anulable, no lo ya inválido porque nulo. Lo que es nulo se declara a secas. Lo anulable se invalida (o sea se le "quita valor") a través de la sentencia que, como ya dijimos, pertenece a la categoría de las sentencias constitutivas.

12 Cfr. en GUTIÉRREZ FALLA, Laureano F. Op. cit., p. 336, nota 816.

13 Con relación al sistema español, Fairen Guillén se pronunciaba, en su momento, en sentido positivo

Esta falta de precisión de la ley –diríamos la confusión existente en ella– es definitivamente fuente de graves problemas, pues no es posible que los *mismos sujetos* (socio ausente o disidente) puedan ampararse, a caducidad verificada, en los mismos supuestos que podrían haber motivado una impugnación *ex* artículo 139 de la LGS, en el artículo 150 de la ley<sup>14</sup>.

(aunque dubitativo): "Se plantea el problema de si las personas que impugnan el acuerdo social con posterioridad a la caducidad de los plazos previstos en el artículo 68 de la ley, o sea por medio del juicio declarativo ordinario, podrán o no solicitar la suspensión del acuerdo. Aunque estas impugnaciones caen fuera del régimen procesal de la ley, parece que se podrá utilizar dicha medida cautelar, pues es más lógico aprovechar la concreción de la nueva regulación a través de una interpretación analógica, que haber de forzar el marco de las medidas cautelares que la LEC previene y que sin duda podrían ser puestas en práctica a petición de los demandantes". "El proceso cautelar en la Ley de Sociedades Anónimas". *Temas del Ordenamiento Procesal*. Tomo II. Madrid: Tecnos, 1969, p. 947, nota 23.

- 14 En la ponencia presentada por el profesor Piero Schlesinger en el IV Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial, realizado en la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 16 y el 20 de septiembre del 2002, sobre *Le nullità nel codice civile*, se anunciaba una reforma (de inminente promulgación) del derecho societario italiano en la que se establecería "tanto una generalizada inadmisibilidad de anulaciones de acuerdos ya inscritos y ejecutados (por aumentos de capital, transformaciones de sociedades, emisión de obligaciones, etc.), salvo el resarcimiento de los eventuales daños provocados a los socios, como un sistema generalizado de caducidades para todo tipo de vicios de los acuerdos de las sociedades de capitales, para garantizar la posibilidad de rápidas subsanaciones y el logro de deseables certidumbres en la vida de las empresas societarias. La tutela de los socios se va desplazando de medidas de carácter *real*, hacia remedios de carácter resarcitorio". La reforma se ha producido ya con la promulgación del decreto legislativo del 17 de enero del 2003, n. 6 (publicado en la *Gazzetta Ufficiale* n. 17 del 22 de enero del 2003 - S. O. n. 8, que se puede consultar en [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)), sobre "Reforma orgánica de la disciplina de las sociedades de capitales y sociedades

## 2.6 Obtención de copia certificada del acta

Normalmente la obtención de copia certificada del acta de junta general prelude una impugnación de acuerdos. Si solicitada la copia al gerente general este no la otorga dentro de los plazos señalados por el artículo 137, el interesado (cualquier accionista) puede recurrir al juez con el fin de que, en un proceso no contencioso, la sociedad exhiba el acta respectiva y el secretario del juzgado expida copia certificada correspondiente para su entrega al solicitante. Las costas y costos, como no podía ser de otra forma, pues era obligación de la sociedad el otorgarla, corren a cargo de esta.

## 2.7 Pretensión social de responsabilidad contra los directores o gerentes

Diferente a los supuestos vistos antes, donde normalmente las pretensiones típicas reconocidas a los socios se conceden en tutela de un interés individual del propio socio (salvo mejor opinión), el artículo 181 establece que en caso de inercia de la sociedad en el ejercicio de la pretensión social de responsabilidad contra los directores (y los gerentes, artículo 190), los accionistas pueden entablarla directamente contra aquellos.

cooperativas, en actuación de la ley de delegación del 3 de octubre del 2001, N. 366", decreto legislativo que entrará en vigencia en enero del 2004. El texto del proyecto del decreto legislativo (aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de setiembre del 2002) y varias opiniones sobre este pueden leerse en *Rivista delle Società*, 2002, p. 1346 y ss., y en particular sobre el tema tratado en el texto cfr. DOLMETTA, Aldo. "Sulle invalidità delle 'delibere assembleari". *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale, Università Cattolica di Milano*, en la misma revista, p. 1479 y ss.

Son dos los supuestos:

- Si quien plantea la demanda indemnizatoria representa al menos un tercio del capital social, lo hace en interés de la sociedad y no votó (votaron) a favor de no haber lugar a proceder contra los directores en la junta respectiva.
- Si adoptado el acuerdo, en junta general, de proceder contra los directores no se plantea la demanda dentro de los tres meses, cualquier accionista puede ejercitar tal pretensión contra los directores.

En ambos casos estamos ante un supuesto típico de "sustitución procesal", de legitimación extraordinaria, donde un tercero (accionista) en nombre propio, ejercita un derecho ajeno (de la sociedad) a favor de esta, pues la indemnización es a favor de la sociedad y no del socio.

La ley no nos indica la vía, y ello dependerá de la cuantía de la pretensión indemnizatoria planteada. La pretensión social caduca a los dos años de la adopción del acuerdo (se supone que del directorio) o de la realización del acto que originó el daño (artículo 184).

### *2.8 Pretensión individual de responsabilidad contra los directores y gerentes*

También los accionistas pueden interponer la correspondiente demanda indemnizatoria cuando los actos de los directores, o de los gerentes, los dañen *directamente* (artículo 182). Respecto de la caducidad y de la vía procesal vale lo indicado en el número anterior.

### *2.9 Oposición al acuerdo de exclusión*

Según el artículo 276 de la LGS, acordada la exclusión de un socio colectivo, dentro de los 15 días de que se le comunicó

su exclusión, el socio puede oponerse a dicho acuerdo mediante demanda en el proceso abreviado. Lo mismo ocurre en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, artículo 293.

---

## **3. PRETENSIONES DE LA SOCIEDAD CONTRA LOS SOCIOS**

---

Existen algunas pretensiones típicas previstas en la LGS referidas a las pretensiones que puede ejercitar la sociedad contra sus socios. Los supuestos son menores a los ya vistos.

### *3.1 Pretensión de cumplimiento del aporte*

El artículo 22 de la LGS señala que cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a aportar al capital. El ofrecimiento de aportar hace nacer en la sociedad un derecho de crédito respecto del socio, y en el caso de que el socio no cumpla, son dos los caminos que la ley le da a la sociedad: o demanda al socio moroso con el fin de que proceda a efectuar el aporte o lo excluye.

En el caso de que opte por lo primero, nuestra ley señala que el cumplimiento se "exige" mediante el proceso ejecutivo. Al margen de la impropiedad de decir "exigir el cumplimiento de la obligación", cuando en el proceso ejecutivo no se exige el cumplimiento sino que se quiere obtener la satisfacción del derecho de crédito a través de la actividad del órgano ejecutivo, esta opción señalada por el legislador tiene un obstáculo: *no hay ejecución sin título* (artículo 688 del Código Procesal Civil). Solo se podrá obtener la satisfacción del derecho

de crédito de la sociedad a través del proceso ejecutivo cuando la obligación de aportar sea cierta, expresa y exigible (artículo 698 del Código Procesal Civil) y ello resulte de uno de los documentos que el artículo 693 del Código Procesal Civil considera como configurantes de un título ejecutivo (normalmente dicho documento existirá: la escritura pública de constitución), en caso contrario, si desea “el cumplimiento de la obligación”, deberá recurrir al proceso de cognición respectivo según la cuantía (conocimiento, abreviado, sumarísimo).

En los supuestos de que opte por la exclusión, deberá demandarlo a través de un proceso sumarísimo. Vale decir, que la sociedad no puede, sin intervención del órgano jurisdiccional, excluir al socio moroso por tal causa.

Eso vale para todas las sociedades, pero para la Sociedad Anónima ha previsto un régimen especial.

Así, el artículo 78 dispone que:

El accionista debe cubrir la parte no pagada de sus acciones (dividendos pasivos) en la forma y plazo previstos en el pacto social o en su defecto por el acuerdo de junta general. Si no lo hiciere, incurre en mora sin necesidad de intimación.

En tal supuesto, la sociedad puede demandar judicialmente “el cumplimiento de la obligación en el proceso ejecutivo”, respecto de lo cual vale lo comentado sobre el artículo 22, o bien proceder a la enajenación de las acciones del moroso por cuenta y riesgo de este. La venta se hace por intermedio de una sociedad de agentes de bolsa. Si ello no es posible por no haber compradores o porque las acciones no son cotizadas en bolsa –agregaríamos nosotros– las acciones son anuladas con la consiguiente reducción de capital (artículo 80). Vale decir que, tratándose de sociedad

anónima, la exclusión del socio moroso no requiere intervención judicial alguna.

### 3.2 *Determinación de la modalidad de pago del reembolso del valor de acciones*

Cuando se dan algunos de los supuestos del artículo 200, nace en el accionista el derecho de separación de la sociedad y el consiguiente derecho al reembolso del valor de sus acciones. El artículo 200 señala la forma como se procederá a dicho reembolso en el caso de ejercicio del derecho de separación. Pero en su último párrafo señala que si el reembolso pusiese en peligro la estabilidad de la empresa o la sociedad no estuviese en posibilidades de realizarlo, esta puede demandar al juez que fije el plazo y la forma de pago de tal reembolso, y tal demanda se tramita por el proceso sumarísimo. No entendemos las razones de un “sumarísimo”. Hay un derecho cierto: el derecho al reembolso, que la sociedad no discute, solo tiene el *impasse* de no poder proceder materialmente a satisfacer a su ex socio. En tales supuestos se acude a un tercero imparcial (el juez) para que con “su buen criterio” determine cómo y cuándo pagará la sociedad. Típico supuesto de un procedimiento no contencioso.

### 3.3 *Exclusión de socio en una sociedad colectiva*

Si una sociedad colectiva tiene sólo dos socios y el acuerdo de exclusión se adopta por la mayoría de ellos, será imposible la adopción del acuerdo de exclusión. Por ello la ley nos remite al juez: la sociedad podrá demandar la exclusión del socio por la vía del proceso abreviado.

#### 4. PRETENSIONES DE TERCEROS EN GENERAL

La ley establece una serie de pretensiones típicas a favor de los terceros. Existe toda una gama de terceros (acreedores, obligacionistas, terceros indeterminados). Por ello primero nos ocuparemos de aquellas situaciones en las que la ley hace una referencia abierta a los terceros, sin calificarlos.

##### 4.1 *Pretensión de rectificación de razón o denominación social*

El artículo 9, tras señalar que no se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social igual o semejante a la de otra sociedad preexistente, y prohibir al registro la inscripción de una razón social o denominación social *igual (solo igual)* a la de otra preexistente, concede a quienes se sientan perjudicados el derecho a demandar la modificación de la denominación o razón social por el proceso sumarísimo; lo mismo ocurre cuando se adoptan como razón o denominación social nombres de organismos o instituciones públicas o signos distintivos protegidos por derechos de propiedad industrial o elementos protegidos por derechos de autor.

Delicado problema este que se conecta con la normativa del nombre comercial y toda la normativa de los demás signos distintivos y los derechos de autor.

Como sea, la ley concede a los perjudicados la pretensión de modificación. La pretensión será una de condena a un hacer (cambiar la razón social, agregándole algo, o cambiar la denominación correspondiente). Tema interesantísimo donde frente al incumplimiento de la condena al hacer (modificación), no cabrá más que aplicar

las medidas coercitivas contenidas en el artículo 53 del Código Procesal Civil, o también acudir, en los supuestos de propiedad industrial o derechos de autor, al Indecopi para que se adopten las medidas correspondientes.

##### 4.2 *Otorgamiento de escritura pública*

El artículo 15, que ya analizamos, legitima también a los terceros a solicitar el otorgamiento de escritura pública de aquellos acuerdos que requieran esta formalidad. Solo estarán legitimados los terceros que tengan un interés material en tal otorgamiento. La pretensión, como vimos, se tramita en la vía sumarísima.

##### 4.3 *Pretensión de nulidad del pacto social*

La nulidad del pacto social constituye otro de los temas interesantes en materia societaria. Una vez inscrita la sociedad, vale decir, pasado el filtro de Registros Públicos, es posible que el pacto social sea declarado nulo si en su formación se han verificado algunas de las causales establecidas en el artículo 33.

De la lectura de las causales de nulidad debemos decir que es muy improbable que se logre inscribir la constitución de una sociedad cuyos socios sean incapaces (lo que debió ser verificado por el notario interviniente en la escritura pública o por el propio registrador), o sin el número mínimo de socios fundadores requeridos por la ley, o cuyo objeto sea ilícito, o por contener estipulaciones contrarias a normas imperativas, o incluso por omisión de la forma obligatoria prescrita por la ley (que no es otra que la escritura pública).

Dado el principio registral de legalidad del artículo 2011 del Código Civil, difícilmen-

te el acto constitutivo de la sociedad se logrará inscribir, pero en el improbable caso de que el título haya sido calificado por un registrador bastante distraído que no haya advertido esos vicios en el acto, cabe su control posterior a través de la pretensión de nulidad (artículo 35), que puede ejercitar cualquiera con "legítimo interés", por la vía del proceso abreviado, y que, sorprendentemente, caduca a los dos años<sup>15</sup>.

Al margen de lo improbable de que esta situación se verifique en la realidad, nos parece que el artículo 36 equivoca el camino. Establece dicho artículo que declarada la nulidad se ordena su inscripción en el registro y disuelve de pleno derecho la sociedad (que de derecho nunca existió). Hasta allí todo va bien. Luego agrega que la junta general, dentro de los diez días siguientes de la inscripción, designa a los liquidadores. Si omite realizarlo lo hace el juez, en *ejecución de sentencia* (?), a solicitud de cualquier interesado. Nos preguntamos: Si la sentencia declara la nulidad, y esa nulidad provoca *ipso iure* la puesta en disolución —disolución de algo que nunca existió—, por qué esa sentencia no nombra de una vez a los liquidadores. Lo más sensato hubiera sido esta solución, tal como lo dispone el artículo 2332 del Código Civil italiano en materia de nulidad de la sociedad por acciones ("La sentencia que declara la nulidad nombra a los liquidadores").

15 Nos seguimos preguntando cómo puede quedar convalidado con el transcurso del tiempo un acto jurídico con tales vicios. El que el acto pueda ser "sanado" con una modificación del pacto social, o cuando puedan ser suplidas por normas legales, es una característica de la normativa societaria comparada. Pero de allí a que, por ejemplo, un pacto social (acto constitutivo-contrato) se convalide por el tiempo cuando su objeto social es ilícito (por más que la ley nos remita al artículo 410, disolución por la Corte Suprema) nos parece incomprensible.

#### 4.4 Pretensión de nulidad de acuerdos sociales

El tema ya lo hemos visto y lo hemos analizado sumariamente: los terceros también pueden cuestionar los acuerdos sociales que incurran en las causales de nulidad del artículo 38, para todas las sociedades (en la vía abreviada, la caducidad es de dos años); tratándose de sociedad anónima, podrán hacerlo invocando el artículo 150 (en la vía de conocimiento, la caducidad es de un año). Pero nuestra ley ha regulado otros supuestos específicos de nulidad: *nulidad del acuerdo inscrito de transformación* (artículo 343) que puede basarse en la nulidad del acuerdo mismo, se dirige contra la sociedad transformada, se tramita en la vía abreviada y caduca a los seis meses de inscrita la escritura pública de transformación; lo mismo disponen los artículos 365 y 390 respecto de la  *fusión*  y de la  *escisión* , respectivamente.

#### 4.5 Nombramiento de liquidador en los supuestos de disolución por decisión de la Corte Suprema

Supuesto ya visto. El artículo 410 legitima a cualquier tercero para que demande el nombramiento de liquidadores de la sociedad disuelta y ello, absurdamente, se tramita como proceso sumarisimo.

### 5. PRETENSIONES DE TERCEROS ACREEDORES

Los acreedores ocupan un lugar privilegiado respecto de los terceros en general. Toda ley societaria debe reservar un tratamiento especial, y ello es imperativo porque, sobre todo tratándose de las sociedades de capitales, la más de las veces la so-

ciudad se constituye para delimitar y mantener intangible el patrimonio personal del socio frente al riesgo siempre presente en la actividad empresarial. Dado que es el patrimonio de la sociedad el que responde —en principio— por las deudas sociales (artículo 31), es lógico que el legislador les dé a los acreedores algunos instrumentos para hacer sentir su voz frente a la posibilidad de que su garantía genérica esté en riesgo. A ello responden las pretensiones que vamos a ver a continuación:

### 5.1 *Oposición al acuerdo de reducción de capital, fusión y escisión*

Supuestos previstos en los artículos 219, 359 y 387 según los cuales el acreedor de la sociedad —aún cuando su crédito esté sujeto a condición o plazo— puede oponerse al acuerdo de reducción de capital, fusión o escisión, dentro del plazo de 30 días de la fecha de la última publicación indicada en el artículo 217. La oposición, que encierra una pretensión de anulabilidad del acuerdo de reducción, se tramita como proceso sumarísimo.

### 5.2 *Oposición al acuerdo de prórroga en la sociedad colectiva*

En las sociedades colectivas, dotadas de autonomía patrimonial imperfecta, se presentan los siguientes supuestos: los socios responden en forma solidaria e ilimitada (con todo su patrimonio personal) por las deudas sociales; pero, por las deudas personales del socio no responden los bienes de la sociedad. Es más, para no entorpecer la marcha social el acreedor personal no puede agredir la cuota de participación societaria que tiene el socio en el capital de la sociedad. Para hacerlo tiene que esperar pacientemente que venza el plazo estable-

cido para su duración, vale decir, tiene que esperar su disolución, para poder agredir la cuota de liquidación que le corresponderá a ese socio deudor (artículo 274). Pero, si la sociedad decide la prórroga del plazo de vigencia de la sociedad, nace en él el derecho de oponerse a tal prórroga, que ya resulta bastante fraudulenta, pues cuando nació la obligación, el acreedor contaba con que en caso de incumplimiento del deudor a la fecha de vencimiento de la sociedad, podría dirigirse sobre lo que le correspondiera en la liquidación de esta). La norma se funda en el principio de buena fe negocial. La oposición se tramita como proceso abreviado y se debe formular dentro de los 30 días de efectuada la última publicación prevista en el artículo 275.

## 6. PRETENSIONES DE TERCEROS CONTRA LOS SOCIOS

Dada la autonomía patrimonial de toda sociedad respecto de las deudas personales de los socios, los bienes sociales no responden por las obligaciones de los socios, pero sí responden —en cuanto integran su patrimonio personal— la participación que tengan en el capital social.

En el caso de las sociedades anónimas, esa participación en el capital social está representada por acciones, que siendo bienes muebles, facilitan su excusión (embargo). ¿Cómo se embargan las acciones? Según el artículo 92, el embargo (y “demás” afectaciones y medidas cautelares) se anotan en el libro Matrícula de Acciones. Esa es la forma en que queda garantizado el efecto principal del embargo: vincular los bienes a la ejecución, de tal forma que cualquier acto de disposición de las acciones por parte del accionista sea ineficaz

para el embargante. Dada la ley de circulación de las acciones (doble anotación: en el título y en la matrícula), con la anotación en la matrícula se garantiza la función del embargo mismo. Sin embargo, el artículo 109 menciona al depositario. ¿Será siempre necesaria la presencia de un depositario judicial de las acciones? Considero que no, justamente por su ley de circulación: el depositario cumple la finalidad de conservar en el patrimonio del deudor el bien mueble embargado, cuya propiedad se transfiere con la entrega. La propiedad sobre acciones no se transmite con la entrega de los títulos. En cuanto a la extensión del embargo de acciones, la propia ley aclara que este "no apareja la retención de dividendos correspondientes, salvo orden judicial en contrario", siguiendo en ello lo establecido en el Código Procesal Civil, que dispone que el embargo recae sobre el bien mismo y no sobre sus frutos, salvo que así se pida expresamente.

En los demás casos (sociedades de personas y sociedad de responsabilidad limitada) los efectos del embargo de las participaciones del socio en el capital social se logran con la anotación de la resolución concesoria de éste en la partida registral de la sociedad, con la salvedad, en la sociedad colectiva, de que el embargo no será un embargo ejecutivo; es decir, destinado a la enajenación forzada de la participación en el capital social, sino un simple embargo cautelar, por los motivos antes vistos.

Cuando se pasa del embargo al siguiente acto de ejecución (enajenación forzada) el artículo 239 contiene la norma más procesal de toda la ley: cuando proceda la enajenación forzada de las acciones de una sociedad anónima el juez debe notificar a la sociedad previamente a la enajenación, para los efectos de que esta tome las medidas pertinentes para que los demás socios puedan ejercitar su derecho de ad-

quisición preferente (artículo 237), e incluso una vez verificada la enajenación, la sociedad tiene diez días útiles para subrogarse al adjudicatario de las acciones, por el mismo precio que se haya pagado por ellas, todo esto destinado a que no ingrese a la sociedad anónima –normalmente cerrada– un socio indeseado.

Lo mismo ocurre en la sociedad de responsabilidad limitada, pues el artículo 292 establece exactamente lo mismo y por la misma razón.

Especial mención hay que hacer con relación a la prenda de acciones. Según el artículo 109, tercer párrafo, si el deudor-accionista incumple la obligación de pagar los dividendos pasivos, el acreedor prendario puede cumplir esta obligación y luego repetir contra el propietario, o proceder a la realización de la prenda. Este es el supuesto que nos interesa. ¿Por qué "realizar la prenda"? Pues, porque la garantía específica de su crédito está en riesgo de perderse (recuérdese el artículo 80), dado que si la sociedad no logra enajenar las acciones podrá anularlas. Eso legitima al acreedor prendario a iniciar el denominado "proceso de ejecución de garantías" tendiente a la enajenación forzada de las acciones prendadas, con lo cual se hará pago de su crédito, teniéndose en cuenta que el artículo 109 establece que la sociedad tiene preferencia en el cobro de los dividendos pasivos con relación al crédito del acreedor prendario. En estos casos, consideramos que también es aplicable el artículo 239.

---

## 7. PRETENSIONES DE LOS OBLIGACIONISTAS

---

Una especial categoría de acreedores sociales son los obligacionistas. Según el artículo 313, segundo párrafo, los títulos o

certificados de obligaciones y los cupones correspondientes "tienen mérito ejecutivo", vale decir, son títulos ejecutivos. Atendiendo a dicha particularidad, el artículo 326 establece que los obligacionistas pueden individualmente exigir –salvo que el representante de los obligacionistas haya iniciado ya los procesos correspondientes en aplicación del artículo 325, inciso 11– a la sociedad emisora, mediante el proceso de ejecución, el pago de intereses, obligaciones, amortizaciones o reembolsos vencidos. Debemos entender que los obligacionistas pueden demandar la satisfacción de estos aspectos de su derecho de crédito a través del proceso ejecutivo regulado por los artículos 693 a 703 CPC, pues las obligaciones son títulos de formación extrajudicial.

El artículo 328 señala que si ha producido la demora en el pago de los intereses o del principal por parte de la sociedad emisora, cualquier obligacionista puede pedir al representante de los obligacionistas la correspondiente interposición de la demanda en proceso ejecutivo. Debemos considerar que si la garantía específica de emisión es real, lo que procederá es el inicio del proceso de ejecución de garantías del artículo 720 y siguientes del CPC. Si el representante de los obligacionistas no interpone la demanda dentro del plazo de 30 días, cualquier obligacionista puede "ejecutar individualmente las garantías, en beneficio de todos los obligacionistas impagos" (léase interponer la demanda de ejecución de garantías, si la garantía de emisión es real; iniciar el proceso ejecutivo si la garantía es personal (cfr. artículo 307, inciso 2). Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 307 *in fine* que dispone que:

Independientemente de las garantías mencionadas, los obligacionistas pueden hacer efectivos sus créditos sobre los demás bienes y derechos de la sociedad emisora o del patrimonio de los socios, si la forma societaria lo permite.

Por último, los obligacionistas están expresamente legitimados para demandar la nulidad de la emisión o de los acuerdos de Asamblea General, cuando una u otra se hubieren realizado contraviniendo las normas imperativas de la ley (artículo 326). Dado que según el artículo 324 a la asamblea general de los obligacionistas se le aplican las disposiciones relativas a la junta general, la pretensión de nulidad se regulará por las normas ya vistas de la nulidad de acuerdos de junta general, con la salvedad de que solo podrá basarse en que son contrarios a la ley.

---

## 8. ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

---

El artículo 48 de la ley establece que en los supuestos de que exista un convenio arbitral obligatorio contenido en el pacto social o estatuto, no procede interponer las acciones judiciales contempladas en la ley. Con ello, la ley ha incorporado el arbitraje estatutario del artículo 12 de la Ley General de Arbitraje. Cabe mencionar que si bien la ley no excluye a ninguna de las pretensiones previstas en ella, la aplicabilidad del arbitraje dependerá de si la materia es efectivamente arbitrable, vale decir, como lo establece el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, si se trata de controversias "sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición"<sup>16</sup>.

---

16 Sobre el tema del arbitraje societario, véase CAMPO VILLEGAS, Elías. "El arbitraje en las sociedades mer-

Según la parte final de este artículo, el "estatuto puede contemplar el uso de mecanismos de conciliación extrajudicial, con arreglo a la ley de la materia". Como la ley de la materia (ley 26872) ha establecido la conciliación obligatoria para todas las materias que versen sobre derechos disponibles (artículo 9), aunque el estatuto no lo contemple, las pretensiones en materia societaria que versen sobre derechos disponibles deberán necesariamente pasar por esta (inútil) etapa prejudicial.

cántiles". *Revista jurídica de Catalunya*, 1998, p. 313 y ss., y MUÑOZ SABATÉ, Luis. "El antiarbitraje pierde su primera batalla: Los pactos estatutarios de sumisión arbitral en las sociedades mercantiles", en la misma revista, p. 535 y ss.