

# **LA IMPUGNACION DE DECISIONES SOCIALES**

**LA ACCION DE IMPUGNACION ·**

Ignacio Sanín Posada & Cía Abogados

- Ponencia presentada ante el Cuarto Congreso de Derecho Comercial. Medellín, 22 de septiembre de 1988.

## I. LOS ANTECEDENTES.

Se remonta a la Legislación positiva mercantil de Portugal e Italia (1880 - 1890) la regulación del derecho de protestar (Código Argentino) o de hacer oposición (Código Civil Italiano) contra las decisiones adoptadas por Organismos colegiados de dirección social. En un principio ese derecho podía ejercerse solo contra acuerdos "manifiestamente contrarios" al contrato o a la ley (art. 163 del Código de Comercio Italiano de 1882), pero posteriormente, ante la generalización de las sociedades mercantiles y la mayor sensibilidad de las legislaciones, no solo se eliminó la exigencia de que la contradicción entre la decisión y las normas estatutarias y legales fuera "manifiesta", bastando cualquier simple discrepancia entre el Acto y la Norma, sino que se han llegado a establecer legalmente como motivos de impugnación el fraude o la simulación (Brasil), la lesión a los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios socios (Perú y Ecuador), el abuso del derecho y del poder (Suiza), el pasar un acuerdo que atente contra las buenas costumbres (Argentina), o la aprobación de una decisión inicua (según la jurisprudencia italiana).

Muchas legislaciones, desde la adopción de la regulación de las sociedades, se han ocupado de garantizar a socios y terceros (y a Directores, Síndicos y Acreedores de órganos sociales, mediante procedimientos breves y con términos de caducidad muy cortos. De tal regulación adolecen, en Latinoamérica, Bolivia y Uruguay.

Ha sido objetivo del legislador proporcionar medios procesales a los interesados en dejar sin efectos providencias sociales contrarias a la ley, a los estatutos, a la moral, o a los legítimos intereses de socios o terceros. Sin desconocerse que debe precaverse la permanencia de las decisiones adoptadas por las compañías, impidiendo hasta donde sea posible la incertidumbre y la inestabilidad en la expresión de la voluntad social hecha manifiesta por medio de sus órganos colegiados, juntas de socios o asambleas de accionistas, y juntas directivas.

En Colombia, la acción de impugnación solo se incorpora a la legislación con la promulgación del decreto 410 de 1971, sin que hubiera sido materia de discusión en el seno de la Comisión Redactora del Código.

Para comenzar con un esbozo de conclusión, sentida por quienes están familiarizados con el régimen procesal mercantil, se debe establecer que las características más relevantes de la regulación legal local consisten en su incoherencia, y en la falta de claridad y de método. Lo anterior, sumado a que por la naturaleza del proceso la Corte Suprema de Justicia no emite opiniones con alcance jurisprudencial por lo que los conflictos de interpretación no sobrepasan las salas de juzgados de instancias inferiores, a la evidente falta de destreza de los jueces civiles en el manejo de la ley y de las instituciones comerciales, a la antipatía de los socios (especialmente de los minoritarios quienes las más de las veces son los actores) por acudir a la justicia para que se definan sus reclamos, y a los fallos contradictorios y al abuso impune ejercido por los grupos de control en la operación de las sociedades, necesariamente conduce a concluir que sobre impugnación mucha claridad está por hacerse y que es oportuno y será conveniente introducir modificaciones a la legislación para que esta acción -medular en el derecho procesal societario- se reglamente de manera consistente y efectiva.

Tratar de dilucidar qué dice la ley y qué falta por decir, y cómo debe entenderse lo que se dice en el Código, es el objetivo de las siguientes líneas.

## **2. EL OBJETO Y LA FUNCION**

La acción de impugnación se orienta a controvertir la validez y legalidad de ciertas decisiones sociales, en defensa del orden público económico y del interés general de una parte, y de la otra de la protección

(con contenido e implicaciones económicos o sin ellos) de los derechos de los socios y de terceros.

La voluntad social se manifiesta y expresa a través de decisiones adoptadas por órganos singulares (socio gestor o su delegatario, gerente o su apoderado) o colegiados, sean éstos de dirección como la Asamblea de accionistas de la sociedad anónima y la junta de socios en las colectivas, comanditarias o en las compañías de responsabilidad limitada, o de administración como la Junta Directiva (de existencia obligatoria en las sociedades anónimas y facultativa en las demás).

Tales determinaciones que instrumentan la operación de las compañías deben estar enmarcadas dentro de la observancia estricta a normas y principios superiores que, de pretermirse, inciden en la validez y obligatoriedad de aquellas. Si al tomarse una decisión no se atienden la ley, el contrato, la equidad y los principios generales del derecho, no podrá mantenerse su firmeza por desatención a la indispensable superioridad jerárquica de las normas y principios generales sobre la voluntad particular; y si los acuerdos sociales no se ajustan a instituciones superiores cuya vigencia no depende de la mayor o menor disposición de los órganos sociales y de sus integrantes en observarlas, la medida adoptada debe quedar sin valor.

Porque la capacidad de la Asamblea o Junta para decidir válidamente se fundamenta en que los acuerdos tengan carácter general y en que se ajusten a las normas imperativas (que no todas lo son) del Código de Comercio en materia de sociedades, y a las disposiciones todas del contrato de sociedad.

Al tenor de los artículos 186, 188 y 190 del Código de Comercio son ineficaces las decisiones que se adopten:

- a. Cuando la Junta de socios o la Asamblea de Accionistas sesiona fuera del domicilio social, sin perjuicio de lo permitido por el inciso segundo del artículo 182 del Código de Comercio para las reuniones espontáneas o sin previa convocatoria;
- b. Cuando no se observan las prescripciones legales y estatutarias en materia de convocación y quórum;

- c. Cuando se realicen reuniones de segunda convocatoria o por derecho propio en oportunidades o de manera diferentes a las establecidas por la ley.

Son absolutamente nulas según los artículos 190 y 899 del Código de Comercio las decisiones de las juntas o la asamblea adoptadas sin el número de votos establecidos legal o estatutariamente, aquellas en que se exceden los límites del contrato social, las que contraríen una norma imperativa, las que tengan objeto o causa ilícitos o las que se adoptan por persona absolutamente incapaz. Y son inoponibles los acuerdos societarios que no tengan carácter general, sin perjuicio de los privilegios derivados de cláusulas estatutarias.

Siguiendo entonces la enumeración adoptada por el Código, solo se ajustan a derecho y pueden mantenerse las decisiones que, en un todo, cumplen con lo exigido por la ley y por el contrato. Porque la imposición de que los acuerdos son obligatorios para todos los socios si obedecen al principio de la generalidad (contrastado con el interés meramente particular que se derive de una determinación), es, en el fondo, un imperativo derivado también de una norma legal como lo es el artículo 188 del Código de Comercio.

La actividad procesal y el petitum mismo de la demanda, en la acción de impugnación, se dirigen, pues, a que se declare judicialmente que el acuerdo es nulo, o que es inoponible, o que es ineficaz. O una finalidad universal y común a todas las causales: su nulidad.

### 3. LA NORMA CIVIL

El Código de Procedimiento Civil en su artículo 438 regula la acción de impugnación. Esta disposición está incorporada en el decreto 1400 de 1970. Su texto, sin las connotaciones, es el siguiente:

*"Impugnación de actos de asambleas o juntas de socios. La demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas de accionistas o de Juntas Directivas o de socios, solo podrá proponerse dentro de los dos meses siguientes a la fecha del acto respectivo, y deberá dirigirse contra la sociedad. --En la demanda podrá pedirse la suspensión del acto impugnado, y el Juez la decretará si la considera necesaria para evitar perjuicios graves y el demandante presta caución en la cuantía que aquel señale. Este auto es apelable en el efecto diferido".*

#### 4. LA NORMA COMERCIAL

El artículo 191 del Código de Comercio, adoptado mediante decreto 410 de 1971 establece que:

*"Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos. --La impugnación solo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción".*

#### 5. LA APLICACION PROCESAL DE LEGISLACIONES DIFERENTES.

La impugnación de actos o decisiones adoptados por sociedades civiles, se regulará exclusivamente por el Código de Procedimiento Civil. La de sociedades mercantiles se regirá en principio, por las disposiciones procesales o adjetivas del Código de Comercio y, en lo que no sean incompatibles ni contradictorias con éstas, adicionalmente por las normas procesales civiles, acatando la norma contenida en el artículo segundo del Código de Comercio.

A las sociedades comerciales, entonces, se transfieren por remisión modalidades del proceso civil que, en materia de impugnación, complementan la regulación mercantil haciéndola más útil y de mayor aplicación. Debe reconocerse esta influencia benéfica. Porque el Código de Comercio ni señala explícitamente quién ha de actuar como demandado, ni prevé la eventualidad de que el Juez en circunstancias determinadas ordene medidas de protección, ni contempla la posibilidad de que también las decisiones de la Junta Directiva -y no solamente las del órgano de dirección- puedan contravertirse mediante la acción impugnatoria.

Si bien la remisión del Código de Comercio se extiende a las normas complementarias de origen civil o procesalmente ordinarias, también debe colegirse que algunas previsiones del Código de Procedimiento Civil no pueden trasladarse al proceso mercantil de impugnación porque la legislación supletiva choca y contradice la norma expresa de naturaleza procedimental comercial. De ahí que no sea aplicable la disposición civil que fija el término de caducidad en todos los casos en los dos meses siguientes a la fecha del acto respectivo, por apartarse del principio co-

mercantil de que si la decisión es de aquellas que deben inscribirse en el registro mercantil la caducidad solo comenzará a contarse desde la fecha del respectivo registro.

Admitido que los actos de las sociedades civiles son susceptibles de impugnarse según el procedimiento señalado por el artículo 438 del Código de Procedimiento Civil, y solo con aplicación de dicha disposición, es aquí pertinente compartir la inquietud que viene haciéndose general y que fue materia de ponencia en las deliberaciones del año pasado de este mismo Congreso de Derecho Mercantil, sobre si, frente a los artículos 20 (numeral 19) 100 y 121 del Código de Comercio subsisten aún en el derecho colombiano las sociedades civiles. Sin negar que luce seductora la tesis de que como el artículo 100 del Código de Comercio regula íntegramente las sociedades por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada civiles, como el artículo 121 del Código de Comercio regula parcialmente las sociedades comanditarias simples y colectivas civiles, y como siguiendo las voces del artículo 20 numeral 19 del Código de Comercio para todos los efectos se reputan mercantiles los contratos regulados por la ley de los comerciantes, todas las sociedades podrían ser calificadas como mercantiles. Sin olvidar además que las sociedades civiles que en su objeto y operación incluyan actividades mercantiles adquieren el carácter de comerciales al tenor del artículo 100 del Código de Comercio, y que como lo viene sosteniendo la Cámara de Comercio de Bogotá, el elemento de organización y la tipología de Empresa propios de las sociedades, como típicas instituciones mercantiles que son, producen la "comercialización" de todas las compañías no obstante aducirse su carácter -meramente aparente según dicha posición doctrinaria- de sociedad civil.

La precedente digresión sobre sociedades civiles puede resultar inconducente al propósito de este trabajo, bien porque al aceptarse que todas las sociedades tienen la calidad de mercantiles a todas se aplicarían las normas de los dos Códigos integradas en la forma ya indicada, o ya porque el número de las sociedades que no son mercantiles es tan reducido que no se justifica analizar a fondo su régimen procesal. Razón suficiente para que, en adelante, cuando se hace referencia a las compañías, deberá entenderse que se incluyen solamente las sociedades comerciales.

## 6. LOS ACTOS, LAS DECISIONES Y LAS ACTAS.

La ley procesal civil incluye dentro del objeto de la acción la revisión de los actos o las decisiones. La ley mercantil se refiere solo a las decisiones.

Decisiones son los acuerdos adoptados por un órgano, en este caso colegiado, de la sociedad. Cualesquiera determinaciones en lo relativo a nombramientos, reformas estatutarias, concesión de autorizaciones, delegación de funciones, aprobación de estados financieros, disposiciones de utilidades sociales, son decisiones. Y también alcanzan la categoría de "actos" de un órgano social y por extensión, de la sociedad misma. Como no es dable pensar en un acto de la compañía que no esté basado en una decisión o que en sí mismo no constituya una decisión, deberá concluirse que la doble denominación de la materia impugnada adoptada por el Código de Procedimiento Civil es innecesaria y nada agrega a la forma precisa como se ha indicado dicha materia en el Código de Comercio.

Las decisiones de las cuales han de desprenderse actuaciones sociales o actos de la sociedad, pueden constar en Actas. El Acta es la memoria escrita de lo sucedido en el seno de una sesión del órgano social. El Acta pretende recoger con la mayor precisión posible lo ocurrido en la reunión de Asamblea o de Junta. Pero el Acta, que es un documento cuya copia tiene el valor probatorio asignado en el inciso segundo del artículo 189 del Código de Comercio, no es susceptible de impugnación, porque el acta misma ni puede llegar a ser nula, ni puede calificarse eventualmente como inexistente o ineficaz; las sanciones se predicen de la determinación adoptada por el órgano social, sin que incida el hecho de que tal decisión obre en un acta o el acta misma no se hayan elaborado, ni el hecho de que en el acta -si la hay- se hayan recogido fidedignamente los términos de la determinación adoptada.

El Acta, y la copia del acta, podrán tener entonces valor procesal como elementos probatorios dentro del debate, pero no puede asignárseles la categoría de constituir el objeto sobre el cual ha de versar la decisión jurisdiccional.

## 7. LA INTEGRACION DE DISPOSICIONES APLICABLES A LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

Lo expuesto permite consolidar en un solo texto las normas del Código Mercantil y la regulación civil, tomando de ésta lo que es complementario de la primera y excluyendo de la última lo que es contradictorio con la ley comercial que, en materia de impugnación, ha de tener prelación. Para concluir que:

- Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones en sociedades mercantiles tomadas por la Asamblea, por la Junta Directiva o la Junta de Socios, cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos, demandando la nulidad absoluta, la inoponibilidad o la ineficacia.
- La impugnación solo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción.
- En la demanda podrá pedirse la suspensión de la decisión impugnada, y el juez la decretará si la considera necesaria para evitar perjuicios graves y el demandante presta caución en la cuantía que aquel señale. Este auto es apelable en el efecto diferido.

## 8. LA SENTENCIA. Solamente sobre la nulidad ?

No es claro el Código de Comercio en cuanto a que solo son impugnables las decisiones viciadas de nulidad absoluta. Las sanciones de inexistencia e inoponibilidad se imponen en el mismo artículo en que se ha establecido la de nulidad. Sin embargo, la lectura de las disposiciones siguientes al artículo 191 del Código de Comercio permitiría colegir que la única decisión que válidamente puede tomar el Juez es la de la nulidad absoluta del acuerdo. Y que si así no se pide el fallo ha de ser inhibitorio.

Son ineficaces e inoponibles las decisiones adoptadas en reuniones irregulares por defectos en cuanto al lugar de su realización, la convocatoria y el quórum; cuando en las sesiones de segunda convocatoria o por derecho propio no se observan las exigencias legales (artículos 190, 186, 427 y 429 del Código de Comercio); las que por tener un carácter indi-

vidual y personal no se han adoptado en beneficio de la sociedad, como entidad separada, y las que establecen consecuencias discriminatorias entre los socios.

Al decir de Jorge Hernán Gil (La impugnación de las decisiones sociales, revista de *Derecho Mercantil* No. 8, Temis) "la generalidad de las decisiones supone que éstas han de corresponder al interés de los asociados, dentro de la igualdad jurídica cualitativa que implica al status de socio", no quedando por consiguiente amparados por tal indispensable generalidad los acuerdos que comporten inequidad o discriminación, abuso o despojo, como lo serían la aprobación de dividendos diferenciales ( si no se basan en la existencia de acciones o cuotas privilegiadas ), la autorización de suscripción de acciones o de pago de cuotas sociales en términos distintos para unos socios que para otros, el prohijamiento del ingreso de un socio o el incremento de capital de alguno, contra la voluntad de otros, ofreciendo cuotas o acciones a valor nominal en sociedades cuyo patrimonio es muy superior al capital; y el pago de remanentes sociales a un socio en especies de valor real inferior al nominal de adjudicación en concurrencia con otros socios a quienes se cancelan los remanentes sociales en dinero o en especies cuya valorización efectiva no ha sido íntegramente considerada.

Quienes piensan que las decisiones ineficaces (provenientes de una sesión o de un acto inexistente o irregular) y las inoponibles no pueden ser controvertidas por medio del ejercicio de la acción de impugnación, se fundamentan en que la ineficacia opera de pleno derecho y no requiere declaración judicial tal como lo señala el artículo 897 del Código de Comercio, en que la inoponibilidad afecta solo a terceros y también opera de pleno derecho, y en que de la letra del Código se desprende que solo las decisiones eventualmente nulas pueden ser revisadas procesalmente mediante la impugnación. Al primer argumento cabe controvertir repitiendo las palabras de Enrique Gaviria (Lecciones de Derecho Comercial, DIKE).

*"Podría parecer incongruente y antitécnico que la ley reconozca esta acción también respecto de las decisiones afectadas de inexistencia, ineficacia o inoponibilidad, ya que ninguna de estas sanciones legales requiere declaración judicial previa.*

*Sin embargo, no sería aceptable una tesis en tal sentido, porque la intervención judicial invocada para juzgar casos de inexistencia, inefica-*

*cia o inoponibilidad, si bien no es necesaria, nunca dejará de ser legalmente viable, posible, conveniente y útil; obviamente, una decisión inexistente, ineficaz o inoponible no equivale a la nada física, porque ella produce hechos, trae consecuencias, crea situaciones y suscita apariencias que es preciso destruir invocando la intervención del Juez, si no se ha tenido éxito frente a la autoridad administrativa".*

Del afirmar que la ineficacia y la inoponibilidad no requieran sentencia en que sean decretadas, no puede concluirse necesariamente que los jueces, debatido el punto dentro del proceso, no estén facultados para pronunciarse en fallo de mérito sobre la falta de eficacia general (ineficacia) o particular (inoponibilidad) de una decisión social. Aún más, en la operación y existencia de las sociedades mercantiles dichas declaraciones judiciales son convenientes y necesarias, para despojar a los actos inscritos en el registro mercantil de su característica general de validez y eficacia.

Y son tan amplias las causales de nulidad, como segundo argumento, que ellas abarcan y comprenden, repitiéndolas y resumiéndolas, las causales de ineficacia e inoponibilidad. Porque cada una de éstas, simultáneamente, lesiona y contraviene una norma imperativa contenida en la ley, y muy posiblemente además se aparta de cláusulas estatutarias. Veamos :

- Si la Junta o Asamblea sesiona fuera del domicilio social se está desatendiendo el mandato de los artículos 186 y 426 del Código de Comercio, dejando vigente la posibilidad permitida en el artículo 182 del Código de que en el único evento de la sesión espontánea o sin convocatoria la Junta de Socios o la Asamblea sesionen "válidamente ... en cualquier lugar". Hay ineficacia y nulidad.
- Si no se observan las prescripciones legales y estatutarias en materia de convocatoria y quórum, es superfluo afirmar que se está excediendo los límites del contrato. Baste leer lo exigido a los artículos 182, 186, 421 y 424 del Código de Comercio. Se incurre en ineficacia y nulidad.
- Si se realizan reuniones irregulares por derecho propio o de segunda convocatoria, se está violando, al menos, la ley (artículo 429 del Código de Comercio). Las sanciones consistirían en la ineficacia y en la nulidad.

- Si se ha tomado una decisión que atente contra el derecho de igualdad proporcional de los asociados, o que afecte los intereses mismos de la compañía en beneficio de uno o de varios socios, o que esté inspirada en el abuso del derecho o en el enriquecimiento indebido, o que busque despojar injustamente a algunos socios de los derechos que a su favor consagra la ley, ésto es, que se trate de una decisión que no tenga "carácter general", se están atacando normas y principios generales del derecho de obligatoria observancia, o se está frente a un objeto o causa ilícitos debido a que los móviles que han inducido la determinación social contrarían la ley o el orden público, o a la presencia de prestaciones contrarias a dicha ley y al orden público o a la moral (artículos 104 del Código de Comercio y 1524 del Código Civil).

Quiero, en fin, proponer que tanto las decisiones sancionadas con la inexistencia como con la inoponibilidad pueden, al igual que las nulas de nulidad absoluta, someterse al proceso abreviado de la acción de impugnación, por razones de conveniencia, en aras de la transparencia necesaria que debe existir entre la sociedad, los socios y los terceros, como único mecanismo válido y público para desafectar los actos societarios de una apariencia de validez que puede ser irreal o ilegítima, y, fundamentalmente, porque lo que el artículo 190 sanciona con la inoponibilidad y con la ineficacia, coincide con los hechos y circunstancias viciados de nulidad absoluta según el mismo artículo y el 899 del Código de Comercio.

## 9. LA PARTE ACTORA

Están legitimados para ejercer el derecho de accionar en impugnación los administradores, los revisores fiscales, y los asociados ausentes o disidentes.

A lo largo del articulado del Código se trata en forma indiscriminada y en ocasiones contradictoria a dos órganos diferentes de la sociedad, que no pierden su identidad aún cuando estén frecuentemente personificados en un solo individuo: los representantes legales y los administradores. Tomar literalmente esta diferenciación aplicándola a la letra del artículo 191 del Código de Comercio, podría hacer concluir que solo el administrador, y no el representante, pueden demandar. Esa regulación positiva confusa que en unos artículos equipara al representante de la persona jurídica con el administrador de su patrimonio, y que en otros los

separa y que en otros ignora a alguno de ellos, conduce a que sacrificando el tenor literal pueda afirmarse que los representantes legales y los administradores están dotados de la facultad de promover el proceso. Esa titularidad adjetiva recae entonces en los gerentes y en los socios gestores, en los socios de la sociedad colectiva y en los delegatarios, lo mismo que en los miembros de las Juntas Directivas ya que sus integrantes hacen parte de uno de los órganos de administración legal.

En la práctica social, infortunadamente, los administradores o representantes son protagonistas de un conflicto de intereses al cual la ley colombiana no ofrece solución: si el representante legal impugna una decisión de la sociedad, una misma persona llevará la representación procesal del actor y del demandado. El gerente, por ejemplo, demandará a la compañía la cual se hará parte en el proceso a través de su representante legal, que lo es el mismo gerente; quedando así sin duda desprotegidos los derechos de la sociedad (e indirectamente los de los asociados) porque dentro de tal conflicto el gerente ha de inclinarse en favor de las tesis que le indujeron a asumir la calidad de demandante.

Legislaciones diferentes a la nuestra ofrecen soluciones para la situación planteada: En unas ha de nombrarse por el juez un procurador o curador *ad litem* (la austríaca) que además debe ser asociado que haya votado a favor (la española), en otras la sociedad actúa procesalmente representada por todos los socios o por los que aprobaron el acuerdo atacado.

Y quiénes tienen la calidad de asociados ausentes o disidentes? Es fácil concluir que el ausente es quien no participó en la reunión en que se adoptó la decisión impugnada; tal vez no es tan evidente colegir que el carácter de disidente lo tiene no solo el asociado presente que votó en contra, sino también quien se abstuvo de votar o quien votó en blanco. En los Códigos de Comercio Peruano y Español y en la ley austríaca sobre sociedades de responsabilidad limitada, no basta la disidencia: se exige que el socio haya dejado constancia expresa en el acta sobre su oposición. Y qué decir de aquel asociado asistente a quien ilegalmente se haya privado del ejercicio de su derecho a votar? En el artículo 69 del Código Español y en las legislaciones peruana y austríaca se le legitima para impugnar, pero nada se dice en la ley colombiana. Resulta justificado permitir a este socio impugnar, ya que si dentro de la reunión de Asamblea o Junta no pudo expresar su voluntad contraria a la decisión debido a una actuación ilegítima de terceros, dicha voz de desacuerdo se está expre-

sando elocuentemente con la presentación de la demanda.

## 10. EL DEMANDADO

Al reconocer mérito mercantil a la norma civil se subsana una deficiencia mayúscula de la redacción del artículo 191 del Código de Comercio, en cuyo texto nada se expresa sobre quién ha de ser el demandado. Pues lo es la sociedad, a través de su representante legal (no de su Administrador), previo aporte de la única prueba idónea sobre la existencia de la persona jurídica y sobre su representación, que la constituye (artículo 117 del Código de Comercio) el certificado expedido por la Cámara de Comercio del domicilio social. En nuestro régimen formalista, nada puede suplir dicha certificación, cuya fecha ha de ser razonablemente reciente pues sobre caducidad de los certificados la ley guarda silencio contrariamente a lo que aducen y exigen algunas entidades públicas y privadas para quienes los certificados "expiran" en términos caprichosa y unilateralmente fijados, en tres o cuatro o similar número de meses.

No sobra resaltar que si bien es la sociedad contra quien se dirige la acción, los inspiradores o causantes de la decisión materia del proceso son los socios, algunos o todos, con frecuencia el grupo mayoritario o quien ejerce el control de la compañía en connivencia con los administradores. Dicho en otros términos: el demandado no es quien cometió o inspiró la irregularidad, de donde se deriva que si la sociedad no prospera en su oposición procesal y es vencida, habrá de ser condenada en las costas del proceso, con cargo al patrimonio social en el cual tiene interés el socio demandante cuya pretensión fue acogida. El socio que triunfa en sus peticiones impugnatorias ha de cubrir indirectamente -por vía refleja a través de la sociedad de la cual forma parte- los costos del proceso. Y los gastos de la tramitación judicial en este evento tendrán que ser atendidos por una persona jurídica diferente a la que orquestó o manipuló o gestó la decisión ilegal.

## 11. LA CAUDICIDAD

El término hábil para proponer la demanda y para ejercer el derecho de accionar es bien corto, excepcionalmente breve para la preparación de los documentos necesarios para acreditar fehacientemente los hechos en que se fundamenta la demanda: dos meses. Brevedad que se agudiza aún más si de la respectiva reunión no se ha producido acta o no se ha suscrito, o si su texto no ha sido puesto a disposición del socio que protesta o disiente.

Se está frente a una constante de todas las legislaciones que regulan este procedimiento especial. En la mejicana y en la venezolana son quince días; un mes o cuarenta días en la española dependiendo de si el acto está sometido a registro o no; sesenta días en el Ecuador a menos que se trate de una decisión contraria a la ley; tres años desde la publicación en el Brasil.

"La impugnación solo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión ... a menos que se trate de acuerdos o actos de la Asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción" reza la norma, transcrita incompleta y con subrayas. En cuyo cuidadoso análisis se encuentra que la oportunidad para demandar legalmente tiene señaladas fecha inicial y fecha final. Si la decisión no es materia de registro, el término para demandar comienza el día de la reunión y termina dos meses después; si el acuerdo impugnado es materia de inscripción registral, podrá demandarse desde la fecha del mencionado registro hasta dos meses después.

Cuando el acto demandado es objeto de inscripción en el registro público mercantil (como la designación de representante y administradores y las reformas estatutarias, por ejemplo), la demanda de impugnación no podrá proponerse con anterioridad a la fecha en que se registren las respectivas actas o escrituras, so pena de que, por prematura, la demanda pueda fracasar al prosperar las excepciones previa de falta de jurisdicción o de fondo de petición antes de tiempo. Es que si la impugnación "solo puede ser intentada" dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la inscripción, no puede prosperar una demanda instaurada con anterioridad a dicha fecha. Lo que acarrea una gestión de desgaste adicional al actor, quien tendrá que mantenerse pendiente de las novedades en el registro público mercantil para enterarse con precisión -y con oportunidad- del momento en que se produce la inscripción del acto que intenta impugnarse.

No comparte esta apreciación el Tribunal Superior de Medellín cuando afirmó (Auto de 12 de Agosto de 1982. Carmelina Parra de Peláez contra Agencia de Viajes Tours Ltda. Ponente doctor José Fernando Ramírez) que: "Averiguado como se halla que el acto que impugna la demandante está sujeto a registro, necesariamente tiene que concluirse la viabilidad de la acción y por consiguiente la inoperancia de la caducidad, pues aún no se ha dado el hito determinante para la contabilización de

los dos meses, cual es la inscripción de la decisión en el registro público de la Cámara de Comercio. La tesis que esboza la *a-quo* para afirmar que la acción resulta improcedente mientras no se haga la inscripción, además de inoportuna procesalmente, carece de respaldo jurídico. La función registral procura la publicidad de los actos, no para sus intervinientes o partícipes, si no para los terceros, como que allí se funda la oponibilidad. Al respecto basta consultar el contenido del No. 4o. del artículo 29 *ajusdem*, y el de los artículos 112 y 158 entre otros. De modo, que aún antes de la inscripción, decisiones como la que se comenta son susceptibles de impugnarse porque el acto como tal existe y produce situaciones de facto; otra cosa son los efectos respecto de terceros".

Es tan imperfecta la redacción de la norma comentada, que no falta quien afirme, con fundamento en la expresión literal del legislador, que si la decisión demandada ha sido adoptada por la Junta de Socios de sociedades de responsabilidad limitada o comanditarias o colectivas, la caducidad operará fatalmente desde la fecha de su adopción, sin que se extienda el comienzo del cómputo o de la contabilización del término hasta la oportunidad de la inscripción, ya que el artículo ha previsto dicha ampliación necesaria solo en lo referente a acuerdos de Asambleas. Como la intención de la ley no puede consistir en el absurdo, y como a igual situación ha de esperarse idéntica solución legal, se requiere entender como sinónimas- sin serlo efectivamente- las expresiones Asamblea (de accionistas) y Junta de socios. Concluyendo adicionalmente, quizás con menor dosis de lógica, que el término propuesto para ser computado desde la inclusión en el registro mercantil ha de extenderse también a las decisiones adoptadas por las Juntas Directivas.

Y el plazo de los dos meses es para la presentación, no para la admisión de la demanda. Si ésta se presenta el último día hábil ha de ser tramitada, a pesar de que sea complementada dentro de los cinco días concedidos por el Juzgado en el auto de inadmisión de la demanda (artículo 85 Código de Procedimiento Civil), por cuanto en esta materia comercial no es aplicable la norma -que ofrece una solución contraria- contenida en el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo.

## 12. LA SUSPENSION PROVISIONAL

Esta medida provisoria o de protección a los intereses del actor no encuadra dentro de la enumeración -seguramente taxativa- de las medidas cautelares previas reconocidas por el Código de Procedimiento Civil

(artículos 513 y 690). Con el decreto o inscripción de la suspensión de la decisión controvertida, se pretende impedir la efectividad del acto con el fin de que no se causen perjuicios al actor.

Por no estar incluida en las medidas cautelares reguladas procesalmente, la suspensión adolece de las características de aquellas, ésto es, no es de obligatorio decreto, no debe decretarse precautelativamente antes de la integración del litis consorcio, y es discrecional.

La discrecionalidad del Juez en ordenar e implementar la suspensión abarca varios aspectos tales como la libertad de apreciación en cuanto a los eventuales perjuicios que se causarían si la decisión demandada se mantiene y se ejecuta, su criterio sobre la oportunidad de la medida, su valoración subjetiva del tipo de caución que ha de ser otorgada por el demandante y su estimativo íntimo sobre la cuantía de la caución.

En estos puntos ninguna norma orienta u obliga al juez. Solo su criterio personal y la justa valoración de las circunstancias que rodean el proceso le harán concluir, sin cortapisas ni derroteros objetivos, si se requiere la medida, y cómo y en qué cuantía ha de otorgarse caución. La caución tiende también a proteger a la sociedad, pues de la suspensión pueden derivarse perjuicios patrimoniales provenientes de la inaplicabilidad temporal de una determinación que a la postre podría ser dejada en firme por el juez.

No obstante la prelación del criterio subjetivo del juez, el *ad- quem* podrá calificar, durante la tramitación del recurso de apelación, si son válidas las consideraciones y cuantificaciones efectuadas por el *a-quo*, siendo competencia para modificar la decisión sobre la suspensión provisional.

En este sentido se pronunció el Tribunal Superior de Medellín (Auto de febrero 10 de 1985. Carmen Cecilia y Luisa Carolina Sabas Echavarría contra Nora Cifuentes, Santiago Sabas y Comanditarios. Ponente doctora Nydia Velásquez Osorio) y revocar la negativa de la suspensión provisional proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, decretándola, con las siguientes consideraciones :

*"La suspensión provisional no tiene por objeto subsanar perjuicios ya causados, como da a entenderlo el juez en el auto impugnado, sino precaverlos: en el evento de que el patrimonio del causante estuviera radi-*

*cado totalmente en sus cuotas comanditarias, los derechos hereditarios de los menores Sabas Echavarría sufrirían perjuicios y éstos no son evitables con el adelantamiento del proceso de sucesión, como lo sugiere el a-quo, porque con el acto impugnado la cuota social del doctor Santiago Sabas se radicó en otras personas. -No obstante lo anterior, el Tribunal no podrá decretar ahora la suspensión, porque no se ha prestado la caución exigida por el mencionado artículo 438 en su inc. 2o. del C. de P. C."*

La definitiva cuantitativa y cualitativa de la caución es materia susceptible de recursos. El auto que decreta la suspensión provisional es apelable en el efecto diferido, ésto es, queda en suspenso el cumplimiento de la providencia pero continúa el curso del proceso ante el inferior en lo que no dependa necesariamente de ella.

En este auto, además, se fija el monto y el tipo de la caución que debe otorgar el demandante. Si pretende recurrirse solamente la modalidad o el valor de la caución, cabe la apelación y, de ser posible, en qué efecto ha de ser concedida? La duda procede de la forma en que está redactado el artículo 438 (inc. 2o.) del Código de Procedimiento Civil, de cuyo texto podría concluirse que la suspensión como tal puede ser recurrida en alzada, pero la caución (fijación, rechazo, monto y forma de constitución) no lo sería.

Tal falta de claridad se despeja en el artículo 680 del Código de Procedimiento Civil, donde se lee que "el auto que fije la cuantía de una caución y el que la acepte son apelables en el efecto devolutivo; el que la rechace, en el diferido", siempre y cuando no se considere como una objeción insalvable la de que la norma sobre recursos transcrita hace parte del título sobre Cauciones del Libro Cuarto de Medidas Cautelares. Y, como se propone en el presente trabajo, la suspensión provisional del acuerdo atacado no constituye técnicamente una medida cautelar de las reguladas por el Código de Procedimiento Civil.

Lo fijado por el juez de primera instancia es lo que debe cumplirse por el actor si aspira a que la suspensión se lleve a efecto. Inmensa cautela han de tener los jueces en establecer equitativamente la forma y monto de la caución, pues si se fija en condiciones que no pueden ser cumplidas razonablemente por el demandante, y éstas pueden llegar a calificarse como exageradas, se estaría frente a una forma sutil pero eficaz de denegación de justicia.

### 13. EL JUEZ COMPETENTE Y EL PROCEDIMIENTO.

El conocimiento de los procesos de impugnación corresponde al Juez Civil del Circuito del domicilio social. Las sociedades pueden tener varios domicilios: el principal, y los secundarios o de las sucursales. La sucursal es un establecimiento de comercio "abierto por la sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o parte de ellos, administrado por mandatarios con facultades para representar a la sociedad" (artículos 263 del Código de Comercio). La sucursal crea un domicilio adicional si el establecimiento funciona fuera del domicilio principal. En el Código de Procedimiento Civil (numeral 7, artículo 23) se dispone que los Jueces competentes para conocer de los procesos relacionados con negocios de las sucursales y con "asuntos vinculados a ésta", son, a prevención, el del domicilio principal y el de la sucursal. Por lo tanto, si la decisión -más probablemente si ha sido tomada por la Junta Directiva- se relaciona y afecta los negocios de una sucursal, podrá demandarse en cualquiera de los dos domicilios. Y, en el resto de los casos, solo ante el juez del domicilio principal.

Cuando la sociedad ha cambiado domicilio con posterioridad a la aprobación del acuerdo impugnado, la competencia está determinada por el domicilio válido y vigente en el momento de intentarse la acción. Concluir lo contrario conllevaría abocar a la sociedad a afrontar procesos en ciudades donde no opera administrativa o materialmente, y desconocer la voluntad social -también susceptible de ser impugnada en proceso separado- de modificar la sede legal de la compañía.

La tramitación es la del proceso abreviado, más corta y ágil, en teoría, que la del proceso ordinario, como herramienta para que se llegue con celeridad a una decisión en que se dirima la validez de la expresión del órgano social, en beneficio de socios y de terceros.

### 14. LA PRUEBA DE LA DECISION

La voluntad social expresada por medio de uno de sus órganos colegiados, puede acreditarse judicialmente por cualquier medio probatorio, tal como declaraciones testimoniales, inspección judicial al Libro de Actas y a los documentos sociales, interrogatorio de parte. La evidencia más elocuente de esa voluntad, es, claro está, la copia certificada del Acta respectiva.

De las Actas levantadas como memoria escrita de lo acaecido en una sesión de Junta de Socios o de Asamblea General de Accionistas, ordinarias o extraordinarias, el secretario o el representante legal puede expedir copias certificadas que, como lo autoriza el artículo 189 (inciso segundo) del Código de Comercio, constituyen prueba idónea para acreditar el contenido y alcance del acuerdo societario. Al no establecer la ley que dicha copia es prueba "única" sino medio "idóneo" de prueba, queda abierta al impugnante la posibilidad de establecer lo ocurrido en la sesión del órgano social y lo acordado en su seno por cualesquiera otros de los medios probatorios reconocidos en las legislaciones procesales mercantil y civil.

Lo anterior exige que se hagan las siguientes precisiones:

- Son los Administradores, los grupos de control en la compañía, los accionistas mayoritarios, los delegados para aprobar y suscribir el Acta, quienes tienen el manejo del Libro de Actas y a quienes corresponde redactar las actas, responsabilizarse de que sean veraces y sean insertadas en el Libro respectivo, y permitir graciosamente que los socios o los terceros puedan obtener copias de las actas. En las sociedades anónimas y comanditarias por acciones, la inspección individual de los asociados a los libros sociales solo puede ejercerse dentro de los quince días anteriores a las reuniones de cualquier índole en que se vayan a discutir los balances de fin de ejercicio (Artículo 424 del Código de Comercio); en las demás compañías mercantiles la inspección individual puede ejercerse en cualquier momento, dentro de un lógico criterio de razonabilidad (artículos 314, 328 y 369 del Código de Comercio).
- No reconoce la ley mercantil, por lo tanto, el derecho de los asociados a solicitar copias auténticas o autorizadas, ni siquiera informales, de las actas que reposan en los libros sociales. Ni impone la ley un término máximo dentro del cual los responsables de elaborar y aprobar el Acta deben cumplir con tal obligación, de cuyo resultado puede depender el éxito del actor dentro del proceso impugnatorio.
- Por lo tanto, existe una relativa dependencia del eventual demandante en impugnación con la administración social para la obtención de una pieza fundamental en el proceso: la copia certificada del acta. Puede afirmarse sin temor a incurrir en error que los socios mayoritarios y los administradores pueden permitir o impedir el ejercicio del

derecho de impugnar, según la actitud asumida frente a la elaboración y entrega del acta y de las copias; paradójicamente entonces, quienes dieron origen al reclamo del actor son los que tienen el control sobre la existencia y entrega del documento de mayor importancia para que el reclamo de impugnación pueda prosperar.

- ¿Cómo podría un socio ausente concretar su pretensión, de manera coherente y ágil, si no conoce el texto del acta? ¿Qué objeto tendría el proceso para tal socio ausente si formula su reclamo sobre bases e informaciones que posteriormente no resultan coincidentes con un acta que aparezca más adelante? ¿Cómo impedir contradicciones entre lo resuelto, lo impugnado y lo consignado en el acta, si la memoria documental se produce y se aporta una vez presentada la demanda de impugnación?
- Estos interrogantes revisten mayor relevancia si se hace énfasis de nuevo en el muy corto término de caducidad procesal. ¿Cómo preparar una demanda consistente y clara tendiente a la impugnación de una decisión que debería aparecer en un acta cuya copia es desconocida por el actor? Por no exigirse a la sociedad el aporte de dicha copia, y por no estar consagrado el derecho del potencial impugnante a que la copia le sea expedida en un término muy breve, muchos procesos abortan, otros se transigen sobre la marcha en detrimento de justos intereses del actor, otros terminan con fallos inhibitorios, y otros no logran tener éxito por las trabas y tropiezos e interferencias del demandado.

Tratándose de una decisión de la Junta Directiva, también materia de impugnación, el Código de Comercio guarda silencio sobre la forma de elaboración de las actas, sobre su contenido, sobre su aprobación y en cuanto a las copias de la misma. Tendrá entonces el impugnante que acudir a la autonomía probatoria de la ley procesal para aportar evidencia sobre la naturaleza y el alcance de la determinación acordada por la administración social colegiada.

El alcance de la autorización de la copia señalado en el artículo 189 del Código de Comercio es el siguiente: La firma del representante legal o del secretario de una copia de Acta de Asamblea de Accionistas o de Junta de Socios incrementa el valor probatorio ordinario de dicho documento, que pasa de ser un mero indicio a tener el valor de prueba "idónea"; una copia suscrita por funcionario diferente despoja al documento de su

calidad de prueba suficiente; y no existe dicho mejoramiento en el valor probatorio de la copia cuando ésta lo es de actas de Junta Directiva a las cuales no se refiere el artículo 189 las que tendrán siempre un simple valor indiciario sin consideración a la calidad de las personas que las suscriban.

Tantas circunstancias desfavorables al impugnante, y coincidentes, evidencian la conveniencia de modificaciones profundas en lo atinente a la prueba y a los trámites dentro del procedimiento abreviado señalado para la impugnación de decisiones sociales.

### 15. LA CLAUSULA COMPROMISORIA

El proceso impugnatorio ha de ser conocido sin excepción por la justicia ordinaria, pues el artículo 194 del Código de Comercio lo excluye de manera expresa de la tramitación arbitral. ¿Por qué? ¿Por qué la falta de competencia de los arbitros para proferir una decisión declarativa derivada del funcionamiento de la compañía, cuando se parte de la base general de la imparcialidad y capacidad del Tribunal, lo que justifica el reconocimiento de tal forma de justicia ordinaria aplicada por jueces extraordinarios? ¿En qué la nulidad de acuerdos comporta cualitativamente un resultado de naturaleza especial diferente a otros asuntos -todos de inmensa significación para la sociedad y para los asociados- cuyo conocimiento puede ser asumido por los arbitros al reconocérceles competencia y jurisdicción para ellos?

La única respuesta posible y lógica diría que no existe razón válida para la exclusión. Y no existe en otras legislaciones en que se defiere la decisión de asuntos específicos a la justicia arbitral o se reconoce eficacia procesal a la cláusula compromisoria. La colombiana, por contraste, excluye la materia impugnatoria de la jurisdicción arbitral, privando al impugnante del acceso a una justicia especializada y celerosa, técnica, y sin la congestión y recargo que caracteriza el funcionamiento de los despachos judiciales.

### 16. LA INEFICACIA Y LA INOPONIBILIDAD SIN DECISION JUDICIAL

La ineficacia no requiere decisión jurisdiccional y la inoponibilidad opera de pleno derecho. Una decisión ineficaz no produce efecto alguno *erga omnes*, y la inoponibilidad puede ser desconocida por la persona que la alegue.

Es pertinente preguntarse si conviene a las sociedades y a los terceros que acuerdos revestidos *prima face* de legalidad y eficacia, sean considerados sin eficiencia jurídica por las personas a quienes eventualmente podrían afectar, sin que se haya producido un fallo que por sí mismo o como resultado de su inscripción en el registro mercantil haga la claridad necesaria sobre la carencia de obligatoriedad de la expresión social. No. Mientras más transparencia y claridad exista sobre la eficacia o ineficacia, general o singular, de las decisiones, mejor servicio estará el interés de los asociados y de los terceros que entran en relación con la compañía, y mayor contundencia tendrá la apariencia de validez que rodea los actos de la compañía especialmente si se ha sometido al registro mercantil.

Resulta por lo tanto benéfico que el Juez se pronuncie en el fallo sobre si la decisión materia de la impugnación es ineficaz o inoponible. Y esta decisión no solo no está excluida en la ley sino que está implícita en los artículos 190 y 191 del Código de Comercio; y como se analizó antes, puede también integrarse dentro de una determinación general de nulidad ya que las causales de ineficacia o de inoponibilidad del acto coinciden con las de su nulidad absoluta.

¿En qué queda la certeza de las decisiones, si una o varias personas, socios o extraños, ante sí, sin licencia judicial, desestiman los actos sociales calificándolos como ineficaces o inoponibles para ellos? ¿Cómo se define el conflicto entre una sociedad que alega la eficacia de una actuación y un socio que la considera sin efectos? ¿No están los jueces instituidos, en una comunidad civilizada, precisamente para dirimir tales diferencias entre particulares?

## 17. UN LITIS CONSORCIO INCOMPLETO

La sentencia en que se declare nulo, ineficaz o inoponible un acto de la compañía, puede afectar derechos de terceros al proceso, si el litis consorcio se integra exclusivamente como lo establece la ley colombiana por el impugnante (parte activa) y por la sociedad (parte opositora). Muchas decisiones sociales afectan directa o indirectamente a personas diferentes a las partes en el proceso. Acuerdos sobre aumento de capital, disolución anticipada, prórroga del contrato, exclusión o ingreso de socios, renuncia a los derechos de retracto y de preferencia, transformación o fusión, alteración en la responsabilidad de los asociados, entre otras, vinculan y afectan los intereses de quienes no integran el litis consorcio, asociados o extraños.

## 18. UNA APLICACION JUDICIAL CAUTELOSA.

Las inconsistencias e imprecisiones y vacíos de la ley señalados en este documento crítico sobre la regulación de la acción impugnatoria, hacen propicia una reflexión y una recomendación.

La primera, se refiere a la actitud de los jueces y magistrados frente a los procesos a su conocimiento. Son funcionarios cuya principal obligación radica en la aplicación de recta y oportuna justicia, por encima de personales consideraciones o de vacíos legales, a quienes corresponde según lo impone el artículo 37 (8) del Código de Procedimiento Civil "decidir aunque no haya ley aplicable o ésta sea oscura o incompleta" teniendo "en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial" Artículo 4o. Código de Procedimiento Civil). Deberán entonces abocar conocimiento y dictar sentencia aunque lo solicitado sea la declaratoria de ineficacia o inoponibilidad, aunque el actor haya enfrentado dificultades insalvables para hacerse a copia del Acta con el fin de aportarse al proceso, aunque sea ostensible al desequilibrio procesal entre el impugnante socio minoritario y la sociedad como parte en un proceso originado en la actitud -quizá abusiva- de los asociados mayoritarios o de los administradores. Y considerando con tino y equidad la carga económica que supone para el actor el otorgamiento de cauciones cuantiosas que eviten ocasionar perjuicios que eventualmente podrían ser irreparables derivados de la ejecutoria de la decisión que está siendo protestada por el actor.

La segunda, busca corregir la imperfección de la norma vigente. Se requiere de una reforma del Código, inspirada en los siguientes objetivos:

a. Incluir expresamente las decisiones inoponibles e ineficaces dentro de las que son materia de impugnación, con el fin de terminar el debate en curso sobre el tema; b). Aclarar que, una vez caducada la acción especial de impugnación, el acto puede ser atacado jurisdiccionalmente por quien tenga legítimo interés en ello mediante su discusión en proceso ordinario mediante procedimiento declarativo; esto es, que en materia de validez de las decisiones sociales, no solo pueda acudir al procedimiento abreviado con caducidad breve constitutivo por la acción de impugnación, sino que en debate abierto posterior puedan definirse las nulidades o ineficacias que se deriven de una determinación societaria; c) Ordenarse que, antes de la admisión o del traslado de la demanda, la sociedad debe allegar al proceso copia certificada del Acta en que consta la deci-

sión impugnada, como medio para facilitar la gestión procesal de un actor despojado de fuerza y de derecho para exigir previamente tales copias; e) Prever que la sociedad ha de estar representada por un curador cuando el impugnante sea el representante legal; f) Permitir de manera explícita que el auto que impone la caución a ser otorgada para que se ordene la suspensión provisoria del acto atacado, sea susceptible del recurso de apelación; g) Ordenar que las costas del proceso, cuando es condenada la sociedad, sean reembolsadas a la compañía por el asociado o asociados o administrador de quienes provino la iniciativa de la decisión dejada sin valor en la sentencia judicial; h) Permitir que la impugnación pueda someterse a decisión arbitral originada en compromiso o en cláusula compromisoria; i) Fijar un término de caducidad que, en todos los casos, comience a computarse desde la fecha del acuerdo; y j) Referirse explícitamente a que las decisiones de la Junta Directiva son materia impugnable, y a que la caducidad postergada -desde el registro del acuerdo registrable- se aplica a todos los acuerdos, provengan de la Asamblea de Accionistas, de la Junta de Socios o de la Junta Directiva.

Con ajustes como los insinuados, se haría más operativa y más eficaz la acción de impugnación. Una acción cuyo ejercicio es sorprendentemente escaso, y cuya prosperación y efectividad se han tomado casi en ilusorias. Y una acción que en la práctica comercial coincide con un derecho de los socios minoritarios, porque a los mayoritarios los defienden los hechos sin que se requiera la gestión ponderada y correctiva de la justicia.

Por qué, cabe la pregunta como inquietud final y cómo estímulo a la discusión subsiguiente, no están saturados los despachos judiciales de procesos sobre impugnación, cuando el contrato de sociedad se ha tomado en frecuente y cotidiano, y donde las relaciones internas y externas tienen un efecto acelerador que haría prever la existencia de multiplicidad de conflictos, y donde el abuso frecuente de la forma o de la administración societarias debiera dar acceso a soluciones efectivas y accesibles. Es que reina la impunidad? Es que los jueces han sacrificado el fondo por la forma? Es que la justicia ha cedido ante la fuerza del poder de quienes manejan las sociedades mercantiles como asunto propio? Es que se ha perdido la igualdad cualitativa dentro del régimen societario? Es que el maltrato de los consocios y de la institución social misma se ha tomado en herramienta y arma, por lo inmaterial no menos efectiva, para el enriquecimiento impune? Es que, en fin, se justifica seguir insistiendo en la validez de las instituciones, y en los principios generales del

derecho y en el respeto por los derechos ajenos, y en la equidad sustantiva y procesal?

Ignacio Sanín Bernal

## AGENDA

### LA ACCION DE IMPUGNACION

#### A. LEGISLACION COMPARADA

##### ARGENTINA

1. **Disposiciones legales.** Artículos 251 a 254 de la ley 19.550 de Sociedades.
2. **Sanciones.** Son nulas las resoluciones de la asamblea adoptadas en violación de la ley, el estatuto o el reglamento (art. 251).
3. **Características del derecho de impugnación.**
  - 3.1 **Legitimación activa.** Pueden intentar la acción de impugnación (art. 351):
    - 3.1.1 Los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión.
    - 3.1.2 Los accionistas ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada.
    - 3.1.3 Los accionistas que votaron favorablemente, cuando su voto es anulable por vicio de la voluntad.
    - 3.1.4 Los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor.
  - 3.2 **Legitimación pasiva.** La acción se dirige contra la sociedad (art. 251). Cuando la acción es 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. Si no es posible obtener tal mayoría, el representante será designado de entre ellos por el Juez (art. 253).

- 3.3 **Término legal para interponer la acción de impugnación.** Tres meses contados a partir de la clausura de la asamblea (art. 251).
- 3.4 **Juez Competente.** El del domicilio principal de la sociedad (art. 251).
- 3.5 **Suspensión de la resolución impugnada.** Si existen motivos graves y no media perjuicio para terceros, el Juez, a pedido de parte, puede suspender la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pueda causar a la sociedad (art. 252).
- 3.6 **Responsabilidad de los accionistas.** Los accionistas que votaron favorablemente las resoluciones que fueron declaradas 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 (art. 254).
- 3.7 **Sustanciación de la causa. Acumulación de Acciones.** El juicio sólo proseguirá después de vencido el término para intentar la acción de impugnación. Cuando exista pluralidad de acciones, éstas deben acumularse; para tal efecto, el directorio tiene obligación de denunciar en cada expediente la existencia de las demás acciones (art. 253).
- 3.8 **Revocación del acuerdo impugnado.** Una asamblea posterior puede revocar el acuerdo impugnado. Esta resolución surte efecto desde entonces y no procede la iniciación o continuación del proceso de impugnación. Subsiste la responsabilidad por los efectos producidos o que sean su consecuencia directa (art. 254).

## **AUSTRIA**

1. **Disposiciones legales.** Artículos 41 a 44 de la ley de 6 de marzo de 1906 (sobre sociedades de responsabilidad limitada).
2. **Sanciones. Nulidad.** La decisión es nula cuando viola la ley o los estatutos sociales (art. 41).

3. Características.
  - 3.1. Legitimación activa. Pueden intentar la acción de impugnación (art. 41).
    - 3.1.1 Los socios que estando presentes en la asamblea protestaron en contra de la resolución y de la protesta se ha dejado constancia en el libro de actas.
    - 3.1.2 Los socios que han sido ilegítimamente privados del derecho de asistir a la asamblea.
    - 3.1.3 Los socios que no pudieron asistir a la asamblea por defecto de convocación.
    - 3.1.4 Si la decisión fue tomada por votación escrita por:
      - 3.1.4.1 Los socios disidentes.
      - 3.1.4.2 Los socios omitidos de la votación.
    - 3.1.5 Los Administradores
    - 3.1.6 El Consejo de Vigilancia
    - 3.1.7 Cada uno de los miembros del Consejo de Vigilancia o de los administradores, en forma individual, cuando la decisión afecta su responsabilidad pecuniaria o penal.
    - 3.1.8 El Procurador Fiscal, cuando :
      - 3.1.8.1 Una decisión que modifica el contrato social, inscrita en el registro de comercio, no ha sido constatada por acto auténtico.
      - 3.1.8.2 La decisión modifica las disposiciones que son esenciales, según el art. 4 de la ley de 6 de marzo de 1906.
  - 3.2 Legitimación pasiva (art. 42).

- 3.2.1 Si la acción es intentada por los socios, debe dirigirse contra la sociedad representada por los Administradores o por el Consejo de Vigilancia.
- 3.2.2 Si la acción es intentada por los Administradores, debe dirigirse contra la sociedad representada por el Consejo de Vigilancia. Si la sociedad no tiene Consejo de Vigilancia y no hay otro representante, el Tribunal nombra un curador especial.
- 3.2.3 Si la acción es intentada conjuntamente por los Administradores y por el Consejo de Vigilancia, el Tribunal nombra un curador especial.
- 3.3 Término para interponer la acción. Un (1) mes, contado desde la inscripción de la resolución en el libro de actas de la sociedad (art. 41).
- 3.4 Juez competente. Tribunal con jurisdicción comercial en el lugar donde la sociedad tiene su asiento social (art. 42).
- 3.5 Suspensión provisional. Puede suspenderse la ejecución de la decisión, si es verosímil, a juicio del Tribunal, que puede ocasionar un perjuicio irreparable a la sociedad (art. 42).
- 3.6 Caución. El Tribunal puede pedir a los demandantes que otorguen fianza para cubrir el perjuicio que pueda sufrir la sociedad en caso de ser inmotivada la demanda (art. 42).
- 3.7 Cancelación de inscripción. Cuando el Tribunal decreta la nulidad de una decisión inscrita en el registro de Comercio, debe, de oficio, cancelar la inscripción de la decisión y ordenar la publicación del fallo (art. 44).
- 3.8 Procedimiento cuando la acción ha sido intentada por el procurador fiscal (art. 43). El Tribunal que conoce de la acción, mediante un informe escrito, fija a la sociedad un plazo para subsanar el vicio de nulidad, y de ello se deja constancia en el registro de comercio.

Si la nulidad no ha sido subsanada en el plazo fijado, el informe escrito se comunica al fiscal, y éste junto con la sociedad, son con-

vocados a un comparendo donde se discute verbalmente los vicios de nulidad; después de lo cual el Tribunal pronuncia el fallo.

## ESPAÑA

### 1. Disposiciones legales:

1.1 Régimen Jurídico de las sociedades anónimas (ley 17 de 1951): artículos 24, 48, 66, 67, 68, 69, 70, 124, 152 y 166, y disposición transitoria No. 8.

1.2 Código Civil: artículos 1116 y 1255.

1.3 Reglamento del Registro Mercantil (Decreto 14 de diciembre de 1956): artículos 112 y 113.

2. Sanciones. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad (art. 67).

### 3. Características del Derecho de Impugnación.

3.1 Legitimación Activa (art. 69). Tratándose de la nulidad de los acuerdos contrarios a la ley, están legitimados todos los accionistas, y los administradores en su propio nombre, aunque no sean accionistas. En los demás casos, están legitimados: a) los concurrentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnado; b) los accionistas ausentes, y c) los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto.

3.2 Legitimación pasiva (art. 70, numeral quinto). La acción se dirige contra la sociedad. Cuando el actor tiene la representación exclusiva de la sociedad, el Juez designará a la persona que ha de representarla en el juicio, entre los accionistas que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado.

Los accionistas que votaron a favor del acuerdo impugnado pueden intervenir a su costa en el proceso para mantener la validez del acuerdo.

- 3.3 Término legal para interponer la acción de impugnación (art. 68). Si se trata de la nulidad de los acuerdos contrarios a la ley, no hay términos de caducidad. En los demás casos la acción debe intentarse en el plazo de cuarenta (40) días, a partir de la fecha del acuerdo. Si el acuerdo debe inscribirse en el registro mercantil, la impugnación puede realizarse dentro del mes siguiente a la inscripción.
- 3.4 Juez competente (art. 70, numeral segundo). El de primera instancia correspondiente al lugar donde se hubiere celebrado la Junta General de Accionistas.
- 3.5 Suspensión del acuerdo impugnado (art. 70, numeral cuarto). La suspensión es procedente a solicitud del demandante o demandantes que representen, al menos, la quinta parte del capital social, y oídos los representantes de la sociedad, quienes pueden solicitar, a su vez, que se aseguren mediante caución los eventuales perjuicios que con la suspensión puedan irrogarse a los socios.
- Contra el auto que decide sobre la suspensión procedente los recursos de reposición y de apelación.
- 3.6 Recursos contra la sentencia (art. 70, numeral noveno). Terminada la etapa probatoria, el juez dicta providencia emplazando a las partes para que comparezcan ante la Audiencia Territorial, quien, transcurrido el término legal, dicta sentencia. Contra la sentencia que en única instancia dicte la Audiencia Territorial sólo cabe el recurso de casación por infracción de la ley o de la doctrina legal o por quebrantamiento de forma.
- 3.7 Ejecución provisional de la sentencia (art. 70, numeral décimo). Con garantía bastante a juicio de la Audiencia que dictó la sentencia recurrida, puede acordarse su ejecución provisional, a reserva de indemnizar los daños y perjuicios que con ello se causen y sean aprobados, si la resolución fuere casada.
- 3.8 Efectos de la sentencia (art. 67). La sentencia que estime la acción produce efectos frente a todos los accionistas, pero no afecta los derechos adquiridos de buena fe por los terceros a consecuencia del acuerdo impugnado.

- 3.9 Inscripción en el registro mercantil (art. 112 del reglamento de registro mercantil). Si el juez lo ordena, a su prudente arbitrio, siempre que el demandante preste caución adecuada a los posibles perjuicios y previa audiencia de los representantes de la sociedad, deberá anotarse preventivamente en el registro mercantil la demanda de impugnación de los acuerdos sociales.

También deberán anotarse previamente las resoluciones judiciales firmes que ordenen la suspensión de un acuerdo de la Junta General.

- 3.10 La anotación preventiva de la demanda se cancelará cuando ésta se desestime por sentencia firme y cuando haya desistido de la acción la parte demandante o caducado la instancia. En iguales circunstancias se cancelará la anotación preventiva de la resolución judicial que hubiere ordenado la suspensión del acuerdo. El juez, a petición de parte interesada, expedirá el oportuno mandamiento para la cancelación.

Si en sentencia firme se declarase la nulidad del acuerdo impugnado o suspendido, se cancelará la anotación preventiva, y el Juez ordenará, además, la cancelación de la inscripción de dicho acuerdo, así como de los asientos posteriores que fueren contradictorios con los pronunciamientos de la sentencia. El registrador procederá a la cancelación de los mismos en virtud del mandamiento que expresamente lo ordenare (art./ 113 del reglamento de registro mercantil).

- 3.11 Mala fe de los litigantes (art. 70, numeral undécimo). Cuando se evidencie que cualquiera de los litigantes procedió de mala fe, suscitando pretensiones temerarias o dolosas, o recursos notariamente faltos de fundamento o con manifiesto propósito dilatorio, El Tribunal podrá, con independencia de la indemnización de perjuicios, si procediere, imponer, además de las costas, una sanción de carácter pecuniario, acomodada a la importancia cuantitativa del pleito y a la gravedad del fraude.

La legislación positiva guarda silencio sobre: impugnación de los acuerdos tomados por el Consejo de Administración; si hay acción de repetición de la sociedad contra los socios, y sobre lo que pasa cuando se ha pactado cláusula compromisoria.

**ITALIA**

1. **Disposiciones legales.** Artículo 163 del Código de Comercio (año 1882) y 2377 a 2379 del Código Civil (año 1942).
2. **Sanciones:**
  - 2.1 Para Antigono Donati, cuya obra *Sociedades Anónimas* (la invalidez de las deliberaciones de las asambleas) es anterior al Código Civil, las hipótesis de invalidez se reducen a dos categorías: la nulidad e impugnación.

*"La deliberación es nula, cuando carece por completo de un elemento esencial, o sea cuando falta el sujeto persona jurídica, su capacidad y legitimación; cuando falta la asamblea; o una voluntad, manifestación o formas determinadas, si ésta se exige ad substantiam; o una causa, o un objeto determinado y posible física y jurídicamente; o bien cuando por el objeto o por la causa pugna directamente con la ley prohibitiva establecida en interés general, o con las buenas costumbres. La deliberación nula es siempre ineficaz".*

*"La deliberación es impugnabile con apoyo en el artículo 163, cuando es contraria a la escritura constitutiva, a los estatutos o a la ley, sin ser válida ni nula, esto es, cuando existen todos los elementos esenciales, pero uno o alguno de ellos o todos están vinculados, o bien cuando en su contenido pugna con una norma imperativa prohibitiva de ley, dictada en interés particular, o con una norma imperativa prohibitiva de la escritura constitutiva o de los estatutos".*

- 2.2 De conformidad con los artículos 2377 y 2379 del Código Civil, las deliberaciones de la asamblea son impugnables (anulables), cuando no están conformes con la ley o con los estatutos; nulas, cuando el objeto es ilícito o imposible.

A las deliberaciones nulas se les aplican los artículos 1421, 1422 y 1423 del Código Civil.

3. Características:
  - 3.1 Legitimación activa. Pueden intentar la acción de impugnación (art. 2377):
    - 3.1.1 Los Administradores
    - 3.1.2 Los síndicos.
    - 3.1.3 Los socios ausentes o disidentes.
    - 3.1.4 Por los socios con derecho a voto limitado, cuando la decisión fue tomada en una asamblea ordinaria.
  - 3.2 Legitimación pasiva (art. 2378). La acción se dirige contra la sociedad.
  - 3.3 Término para interponer la acción.
    - 3.3.1 Si la deliberación es anulable, la acción prescribe en tres meses, contados desde la fecha de la reunión. Si la deliberación esta sujeta al registro de empresas, los tres meses se cuentan a partir de la inscripción (art. 2377).
    - 3.3.2 Si la deliberación es nula, la acción no prescribe (ats. 2379 y 1422).
  - 3.4 Juez competente (art. 2378). Tribunal del lugar donde la sociedad tiene su sede.
  - 3.5 Suspensión provisional (art. 2378). Oídos los administradores y el síndico, el presidente del Tribunal o el Juez instructor puede, si hay graves motivos, suspender la ejecución de la deliberación impugnada, mediante decreto motivado que debe notificarse a los administradores.
  - 3.6 Caución (art. 2378).

El presidente del Tribunal, mediante decreto, puede pedir al demandante que otorgue una garantía idónea para el resarcimiento de daños.

- 3.7 Depósito de acciones (art. 2378). El socio demandante debe depositar al menos una acción en la cancillería.
- 3.8 Trámite conjunto (art. 2378). Todas las impugnaciones relativas a una misma deliberación deben instruirse conjuntamente y decidirse con una sola sentencia. La causa se inicia una vez que ha concluido el término de los tres meses.
- 3.9 Efectos de la sentencia (art. 2377).
  - 3.9.1 Frente a los socios. La anulación de la deliberación produce efectos respecto de todos los socios y obliga a los administradores a tomar, bajo su responsabilidad, las medidas pertinentes.
  - 3.9.2 Frente a los terceros. Están a salvo los derechos de terceros adquiridos de buena fe.
- 3.10 Revocación del acuerdo impugnado (art. 2377). Si la decisión impugnada es sustituida por otra que cumple con la ley y los estatutos, no hay lugar a su anulación.
- 3.11 Inscripción de las decisiones judiciales (art. 2378) Tanto la sentencia como el decreto que ordena la suspensión provisional, deben inscribirse, a costa de los administradores en el registro de empresas.

## MEXICO

### 1. Disposiciones legales.

- 1.1 Artículo 201 a 205 de la ley general de sociedades de 1934.
- 1.2 Artículos 2.225 y siguientes del Código Civil del Distrito Federal.

En México hay duplicidad de vías de impugnación: la civil y la mercantil.

## 2. Sanciones:

2.1 En la vía Civil: Nulidad absoluta (art. 2226 Código Civil del Distrito Federal) y nulidad relativa (arts. 2.227 y 2.230 Código Civil del Distrito Federal).

2.2 En la vía mercantil:

2.2.1 Nulidad de pleno derecho (art. 21 LGS). Son nulos de pleno derecho los acuerdos de los administradores o de las Juntas de socios y asambleas que sean contrarios a lo estipulado sobre la reserva legal obligatoria.

2.2.2 Nulidad (art. 201 LGS). Son nulas las que infringen el contrato social o un precepto legal.

## 3. Características del Derecho de Impugnación.

3.1 Legitimación activa.

3.1.1 En la vía Civil: Tratándose de nulidad absoluta, todo interesado, ya sea accionista, órgano de la sociedad o tercero (art. 2.226 Código Civil del Distrito Federal); tratándose de nulidad relativa, la parte directamente perjudicada por la decisión impugnada (arts. 2.227 y 2.230 Código Civil del Distrito Federal).

3.1.2 En la vía mercantil: los accionistas ausentes o disidentes, que representen el treinta y tres por ciento del capital social (art. 201 LGS).

3.2 Legitimación pasiva. En ambas vías la acción se dirige contra la sociedad.

3.3 Término legal para interponer la acción de impugnación.

3.3.1 En la vía Civil: si se trata de nulidad absoluta, no existen plazos; si de nulidad relativa, se toman los plazos legales.

3.3.2 En la vía mercantil la acción debe intentarse dentro de los quince días siguientes a la fecha de clausura de la asamblea.

- 3.4 Juez competente. En ambas vías el juez competente es el del domicilio de la sociedad.
- 3.5 Suspensión del acuerdo impugnado. La suspensión es procedente únicamente en la vía mercantil, siempre que los actores dieren fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudiesen causarse a la sociedad por la inejecución de dichas resoluciones, en caso de que la sentencia declare infundada la oposición (art. 202 LGS).
- 3.6 Efectos de la sentencia. La sentencia que se dicte con motivo de la oposición surtirá efectos respecto de todos los socios (art. 203 LGS).
- 3.7 Prohibición de oposición judicial. Tanto en la vía civil como en la mercantil, no es posible formular oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o comisarios. Tampoco son impugnables las resoluciones de asambleas especiales de accionistas y de minorías de accionistas sobre el ejercicio de derechos minoritarios (art. 201 LGS).
- 3.8 Depósito de acciones. En la vía mercantil los accionistas, para el ejercicio de la acción de impugnación, deben depositar los títulos de sus acciones ante notario o en una institución de crédito, los cuales expedirán el certificado correspondiente para acompañarse a la demanda y los demás que sean necesarios para hacer efectivos los derechos sociales.  
  
Las acciones depositadas no se devolverán sino hasta la conclusión del juicio (art. 205 LGS)
- 3.9 Decisión en una misma sentencia. Tanto en la vía civil como en la mercantil, todas las oposiciones contra una misma resolución deberán decidirse en una misma sentencia (art. 204 LGS).

**BIBLIOGRAFIA**

- Acciones Derivadas del Incumplimiento de Disposiciones Legales y Estatutarias que rigen a las Sociedades Anónimas. José Becerra Bautista. *Revista de Investigaciones Jurídicas*. México. 6 (6) (1982); pp. 177 - 188.
- ARROYO, Ignacio. *Código de Comercio y Legislación Mercantil*. Madrid, Tecnos, 1983.
- Código Civil (Italiano)*. Milán, Tramontana, 1978.
- Código de Comercio de la República Argentina*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985.
- DONATI, Antigono. *Sociedades Anónimas. La Invalidez de las Deliberaciones de las Asambleas*. México, Porrúa, 1939.
- El Régimen de las Sociedades Anónimas en los países de la ALALC*. Buenos Aires, INTAL, 1971. Pags. 531 y ss.
- Estudio sobre la sociedad anónima según la Ley de Sociedades Mercantiles*. Pedro Lascurain. *Revista de Investigaciones Jurídicas*. México. 8 (8) (2984); pags., 88 - 113.
- FRISCH PHILIPP, Walter. *La Sociedad Anónima Mexicana*. 2ed. México, Porrúa, 1982, Págs. 354 - 369
- GARO, Francisco J. *Sociedades Anónimas*. Buenos Aires, Ediar (Soc. Anón. Editores). 1954 T. II, pp. 47 y ss.
- GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Bogotá, Temis, 1987.
- GAVIRIA, Enrique. *Lecciones de Derecho Comercial*. Dike, 1987.
- VIVANTE, César. *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid, Reus, 1936.