

Enrique **Palacios** Pareja<sup>(\*)</sup>

# Impugnación de acuerdos societarios.

## Una revisión a su tratamiento procesal en la Ley General de Sociedades

«EL PROCESO SE INICIA SOBRE LA BASE DE LA EXISTENCIA DE UN CONFLICTO DE INTERESES: EN ESTE CASO, LA EXISTENCIA DE UN ACUERDO CONTRARIO A LA LEY, AL PACTO SOCIAL O A LOS INTERESES DE LA SOCIEDAD».

### 1. Introducción

En las siguientes líneas pretendo hacer un rápido análisis procesal a la regulación que la Ley General de Sociedades hace de los procesos de impugnación de acuerdos societarios, haciendo énfasis en los aspectos más saltantes, de manera de intentar aportar una interpretación en aquellas situaciones que la norma no regula con claridad y, en su caso, proponiendo una modificación en el texto legal.

### 2. Las pretensiones reguladas en la Ley General de Sociedades

La pretensión es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que esta se haga efectiva. En otras palabras: «la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectivo a su respecto la tutela jurídica»<sup>(1)</sup>. La pretensión procesal se compone de dos elementos: el *petitum* y la *causa petendi*. El *petitum* es el pedido concreto que realiza un sujeto a otro, por ejemplo para que le pague determinada suma de dinero o le restituya la posesión de un bien. Por su parte, la *causa petendi* está constituida por los fundamentos de hecho y derecho en los que se sustenta el petitorio. De esta forma, cada pretensión estará conformada, en principio, de un *petitum* y una *causa petendi*.

La Ley General de Sociedades (en adelante, LGS) regula las pretensiones de impugnación de acuerdos de la Junta General de Accionistas en sus artículos 139 y 150. Creemos necesario identificar cada una de las pretensiones recogidas en los artículos mencionados

(\*) Abogado. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 72.



puesto que, como veremos más adelante, para cada pretensión varían los plazos de caducidad, la vía procedimental y la legitimidad para obrar.

### 2.1. Las pretensiones de impugnación contenidas en el artículo 139 de la LGS

El artículo 139 de la LGS dispone expresamente que: «Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas los intereses de la sociedad». Como se aprecia, el artículo bajo comentario regula en realidad tres pretensiones distintas que tienen en común el mismo petitorio pero difieren en cuanto a su *causa petendi* o razón de pedir, la que en un caso es la trasgresión a la LGS, en otro el estar opuesto al estatuto o al pacto social y en otro el lesionar los intereses de la sociedad en beneficio de uno o más accionistas. Veamos.

2.1.1. La impugnación de un acuerdo determinado, debido a que el contenido de este es contrario a la LGS

En este caso, el *petitum* sería la declaración de invalidez de determinado acuerdo adoptado por la Junta de Accionistas,

mientras que la *causa petendi* o los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan el cuestionamiento del acuerdo impugnado consiste en que este es contrario a la LGS. Sobre esta pretensión creemos importante hacer dos precisiones.

La primera consiste en distinguir que la trasgresión a la LGS puede ser por cuestiones formales o por razones de fondo. En el primer caso estaríamos ante una impugnación de acuerdo sustentada en defectos de convocatoria o falta de quórum prevista en el artículo 143 de la LGS. Esta norma establece que esta impugnación sustentada en vicios de forma se tramita en la vía del proceso sumarísimo, mientras que las demás impugnaciones motivadas en cuestionamientos de fondo se someterán a la del proceso abreviado.

La segunda precisión que debemos hacer es que el artículo 139 expresa que pueden impugnarse los acuerdos que sean contrarios a «esta ley», es decir a la LGS. El artículo 143 de la anterior LGS -Ley 16123, en su texto original disponía que podían ser impugnados los acuerdos contrarios «a la ley». Posteriormente dicho artículo fue modificado por la segunda disposición modificatoria del Código Procesal Civil, indicando que se podrían impugnar los acuerdos contrarios a «esta ley», es decir, a la LGS. En ese sentido debe entenderse que la pretensión a que se refiere el artículo 139 de la LGS, se limita a acuerdos que por el fondo o por la forma contravengan dicha ley.

2.1.2. La impugnación de un acuerdo determinado, debido a que el contenido de este es contrario al estatuto o pacto social. En este caso, el *petitum* sería la declaración de invalidez de determinado acuerdo, mientras que la *causa petendi* estaría

## Enrique Palacios Pareja

constituida por los fundamentos de hecho o de derecho que sustenten que el contenido del acuerdo impugnado es contrario al estatuto o al pacto social. Así, estaremos frente a un acuerdo que no vulnere alguna disposición de la ley societaria, pero que sin embargo contraviene lo dispuesto en el pacto social (el mismo que ciertamente comprende el estatuto, conforme lo dispone el artículo 54 de la LGS).

2.1.3. La impugnación de un acuerdo determinado, debido a que el contenido de este lesiona, en beneficio directo de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. En el presente caso, al igual que en los anteriores, el *petitum* es la declaración de invalidez de determinado acuerdo, mientras que los fundamentos de hecho o de derecho de dicha impugnación versan sobre la lesión que dicho acuerdo origina a los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de alguno o algunos accionistas. Así, podemos estar frente a un acuerdo que se encuentre conforme a ley y al pacto social, pero cuyo contenido de alguna forma perjudica a la sociedad en beneficio directo de uno o varios accionistas. Es el caso, por ejemplo, que la Junta tome un acuerdo por el que se decide que la sociedad contrate con una empresa de uno de sus accionistas, acto que resulta demasiado oneroso a la sociedad en comparación con otras ofertas que se le hayan formulado, o conforme a lo que en ese momento determine el mercado. Es claro en ese sentido, que dicho acuerdo fue tomado por la Junta para favorecer a determinado accionista con el consiguiente perjuicio o detrimento económico para la sociedad. Esta norma claramente tutela el derecho de los accionistas minoritarios a proteger los intereses de la sociedad, los mismos que no teniendo el número de acciones necesario para impedir la adopción del acuerdo tomado, pueden sin embargo acudir al Poder Judicial a fin de que este decida de forma definitiva sobre la validez o no de del mismo.

### 2.2. Las pretensiones de impugnación que se sustenten en causales de nulidad contempladas en la LGS o en el Código Civil

El artículo 150 de la LGS establece que: «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». En este caso la

pretensión tiene como *petitum* la declaración de nulidad de determinado acuerdo, mientras que la *causa petendi* estaría constituida por la contravención de normas imperativas o la incursión en las causales de nulidad contenidas en el Código Civil o en la LGS.

### 2.3. Otras impugnaciones

El artículo 151 dispone que: «El juez no admitirá a trámite, bajo responsabilidad, acción destinada a impugnar o en cualquier otra forma discutir la validez de los acuerdos de una Junta General o de sus efectos, que no sean mencionadas en los artículos 139 y 150». Esta norma es bastante clara, aunque cabe hacer respecto de ella algunas precisiones terminológicas.

Devis Echandía enseña que «acción es el derecho público cívico, subjetivo, abstracto y autónomo que tiene toda persona, natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto, mediante una sentencia y a través de un proceso, con el fin (que es de interés público general) de obtener la declaración, la realización, la satisfacción coactiva o la protección cautelar de los derechos o relaciones jurídico materiales, consagrados en el derecho objetivo, que pretende tener quien la ejercita (o la defensa de un interés colectivo cuando se trata de una acción pública)»<sup>(2)</sup>. Tenemos entonces que la acción es un derecho que pertenece a todo sujeto de derechos, y consiste en la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional en búsqueda de tutela. Uno ejerce el derecho de acción cuando acude al órgano jurisdiccional, sin que sea relevante determinar qué es lo que se pide, ni qué es lo que se resuelve. En ese sentido, la referencia de la norma a que «el juez no admitirá a trámite ninguna otra

(2) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar, 1966. p. 185.

acción» es equivocada, cuando en realidad lo que debe querer decir es que el juez no dará trámite a ninguna demanda que contenga pretensiones distintas a las establecidas en los artículos 139 y 150 de la LGS.

En segundo lugar, la referencia a que el juez no dará trámite, es una referencia genérica que puede llevar a confusiones. Para explicar ello nuevamente debemos volver al concepto de acción. El ejercicio del derecho de acción por parte de un sujeto de derechos genera en el órgano jurisdiccional la obligación de pronunciarse (es lo que parte de la doctrina contemporánea denomina el deber de jurisdicción). En ese sentido, por más que la ley disponga que el juez no debe dar trámite a demandas que contengan determinadas pretensiones, el magistrado debe pronunciarse -puesto que en esto consiste precisamente su deber de jurisdicción- rechazando de plano la demanda, siendo este uno de los casos de lo que se conoce como rechazo *in limine* de la demanda, específicamente un caso de improponibilidad objetiva de la pretensión. Así, siguiendo a Jorge W. Peyrano: «Esta categoría -la de la improponibilidad objetiva de la pretensión- se caracteriza porque supone un examen 'en abstracto' acerca de la posibilidad que le asiste al órgano judicial interviniente de juzgar el caso»<sup>(3)</sup>. Es decir, nos hallamos frente a un supuesto en el cual la pretensión que se plantea dentro de un proceso judicial, en abstracto, no puede ser amparada; en el presente caso como consecuencia que la ley no permite que se planteen pretensiones distintas a las que establecen los artículos 139 y 150 de la LGS.

#### 2.4. El caso de los acuerdos de Junta que hayan sido revocados o sustituidos

Un proceso se inicia con la finalidad de que el órgano jurisdiccional resuelva un conflicto de intereses jurídicamente relevante, en forma definitiva. Es decir, el proceso encuentra su razón de ser en la existencia de un conflicto, de forma tal que si el conflicto no existe o desaparece, el proceso debe concluir.

El conflicto de intereses que da origen a los procesos que son motivo de comentario en el presente artículo, surge como consecuencia de un acuerdo de la Junta de Accionistas que contraría de alguna forma la ley, el pacto social o los intereses de la sociedad. Sin embargo, puede ocurrir que dicho acuerdo

haya sido revocado o sustituido por otro. Si esto sucede antes de iniciarse el proceso, el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica sobre la eficacia o ineficacia del acuerdo habrá desaparecido, no existiendo en consecuencia un caso justiciable. Veamos qué sucede si el acuerdo ha sido revocado o sustituido luego de iniciado el proceso de impugnación. El proceso se inicia sobre la base de la existencia de un conflicto de intereses: en este caso, la existencia de un acuerdo contrario a la ley, al pacto social o a los intereses de la sociedad. Sin embargo, en el transcurso del proceso, el acuerdo puede haber sido revocado o sustituido por otro, desapareciendo con ello el conflicto de intereses por el cual se inició el proceso, con lo que ya no existe razón para continuar con el mismo.

En este caso nos hallamos frente a un supuesto en que la pretensión o la materia controvertida es sustraída del ámbito jurisdiccional, con lo cual el proceso concluye sin que se produzca un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo. Para poder entender esta institución es preciso que regresemos al concepto de pretensión esbozado en el numeral 2 del presente artículo. Según él, uno de los elementos que constituyen la pretensión es la *causa petendi*, la cual a su vez está conformada por los fundamentos de hecho y de derecho que sirven de sustento a la pretensión. Pero como es evidente ni la realidad ni el Derecho que la regula son inmutables, y en consecuencia luego de iniciado el proceso pueden variar los hechos o el derecho que servían de sustento a la pretensión; pudiendo determinar ello que la pretensión sometida al Poder Judicial para su solución deje de ser justiciable. Si ello es así, no existe razón por la cual el órgano

(3) PEYRANO, Jorge W. *Derecho Procesal Civil*. Lima: Jurídicas, 1995. p. 220.

## Enrique Palacios Pareja

jurisdiccional se pronuncie, puesto que el conflicto de intereses ha desaparecido. En ese sentido conforme lo dispone el inciso 1 del artículo 321 de Código Procesal Civil, el proceso deberá concluir sin declaración sobre el fondo.

### 3. La legitimidad para obrar

La legitimidad para obrar es la posición habilitante en la que coloca la ley a determinadas personas para que puedan plantear determinadas pretensiones, o en palabras de Osvaldo Gozaíni<sup>(4)</sup>, «estar legitimado para actuar significa tener una situación individual que permite contar con una expectativa cierta a la sentencia».

Por regla general, esta posición habilitante está conferida a quien es parte de la relación jurídico material que da origen al conflicto materia de proceso; de ahí que, comúnmente, se diga que hay legitimidad para obrar cuando existe correspondencia entre quienes son parte de la relación jurídico material y quienes lo son de la relación jurídico-procesal. La legitimidad para obrar, según Montero Aroca es «la posición habilitante para formular la pretensión, o para que contra alguien se formule» y consiste «necesariamente en la afirmación de titularidad del derecho subjetivo material y en la imputación de la obligación. La legitimación, pues, no puede consistir en la existencia del derecho y de la obligación, que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y se resolverá en la sentencia; sino simplemente en las afirmaciones que realiza el actor»<sup>(5)</sup>. Para sustentar su tesis, el profesor español se apoya en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil peruano, según el cual el proceso se promueve a iniciativa de parte, quien «invocará» interés y legitimidad para obrar.

En nuestra opinión la legitimidad para obrar no puede agotarse o verse satisfecha, como condición para que se dicte válidamente una sentencia de mérito, con la simple invocación de la titularidad del derecho y de la obligación correlativa. Para nosotros la legitimidad es la aptitud para ser sujeto de derecho respecto de una determinada controversia, esto es, que así como la capacidad implica la facultad de poder ser sujeto de una relación sustancial,

la legitimidad supone el serlo en realidad y poder actuar en la controversia judicial con eficacia. Por lo tanto, para que pueda producirse una sentencia válida sobre el fondo, deben estar en el proceso aquellos sujetos de la relación sustancial que, por serlo efectivamente, ocupan la posición habilitante para ser partes legítimas en el proceso judicial. Si no ocupan esa efectiva posición en la relación sustancial, que las habilita, serán parte en el proceso, pero sin legitimidad para serlo y, por lo tanto, el juez no podrá pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Si la legitimidad para obrar se agotara en la simple afirmación de titularidad, no tendría sentido, por ejemplo, la atribución del juez de rechazar liminarmente la demanda por falta de legitimidad para obrar prevista en el artículo 427 inciso 1 del Código Procesal Civil, ni tampoco la defensa de forma a través de la excepción de falta de legitimidad para obrar en el demandante o en el demandado prevista en el artículo 446 inciso 6 del mismo Código Procesal. En efecto, si el demandante y el demandado están legitimados por la sola afirmación del demandante en el sentido que él es el titular del derecho invocado, y que el demandado lo es de la obligación correlativa, entonces ¿cómo puede el juez rechazar la demanda por manifiesta falta de legitimidad para obrar?, ¿cómo el demandado podría cuestionar la legitimidad para obrar de las partes? Parece evidente que la legitimidad necesita algo más que las simples afirmaciones del demandante.

Creemos que la legitimidad que describe Montero Aroca es aquella suficiente para dar inicio al proceso, para encender la maquinaria jurisdiccional y esperar de ella

(4) GOZAÍNI, Osvaldo. *La Legitimación en el Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediar, 1996. p. 81.

(5) MONTERO AROCA, Juan. *La Legitimación en el Código Procesal Civil del Perú*. En: *Ius et Praxis*. p. 14.

(6) El profesor Rivas distingue entre la legitimación formal-procesal, la legitimación material-procesal y la legitimación sustancial. RIVAS, Adolfo Armando. *Tratado de la Tercerías*. Tomo I. Buenos Aires: Abaco, 1994. p. 117.

una primera respuesta inicial. Para ello debe invocarse interés y legitimidad para obrar. Pero para que en ese proceso pueda obtenerse una decisión de mérito válida, debe acreditarse que efectivamente se está legitimado. Cabe entonces aplicar el criterio clasificatorio de Alfonso Rivas acerca de la legitimación, según el momento procesal en que se aplique tal concepto<sup>(6)</sup>: (i) la legitimación material-procesal, que se logra con la autoatribución o afirmación de titularidad activa o pasiva de la relación sustancial, y que se puede ver afectada con el planteamiento de una defensa de forma como es la excepción de falta de legitimidad; y, (ii) la legitimación sustancial, que es la conferida por la certeza de una resolución judicial, que declara, en el saneamiento procesal, que la relación jurídico-procesal es válida al estar presente, entre otras condiciones, la legitimidad para obrar en las partes.

En definitiva entonces, la legitimidad para obrar es la idoneidad de la persona para actuar en el proceso realizando actos eficaces, en función a la posición que tiene dicha persona en la relación sustancial o en el acto sobre el que versa la controversia. No se determina en función de la afirmación o de la efectiva existencia del derecho material discutido y su obligación correlativa, pues estos pueden incluso no existir, en cuyo caso se producirá una sentencia sobre el fondo declarando infundada la pretensión. «Se trata de tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda, por medio de una sentencia favorable o desfavorable»<sup>(7)</sup>.

La legitimidad para obrar es, en definitiva, un requisito para que la relación jurídica que nace como consecuencia de la instauración de un proceso sea válida; por lo tanto, es también un requisito de validez de la sentencia de fondo. De esta forma, solo podrá dictarse una sentencia válida siempre que se cumplan con todos los presupuestos procesales y las denominadas condiciones de la acción. Dentro de estas últimas se encuentra la legitimidad para obrar.

En un proceso tanto la parte demandante como la parte demandada deben tener legitimidad para obrar. En el primer caso estamos frente a un caso de legitimidad para obrar activa, y en el segundo frente a un caso de legitimidad para obrar pasiva.

### **3.1. La legitimidad para obrar activa**

El artículo 140 de la LGS establece quiénes se encuentran legitimados para plantear las pretensiones de impugnación reguladas en el artículo 139 y a las que nos hemos referido en el punto 2.1. anterior. De esta forma la ley concede legitimación para obrar a los accionistas que en la junta general hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, a los accionistas ausentes y a los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto. Cualquiera de los accionistas que cumpla con alguna de las características anteriormente expuestas, puede plantear judicialmente la pretensión a la que hace referencia el artículo 139 (impugnar un acuerdo contrario a la ley, al estatuto o al pacto social, o atentatorio de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o más accionistas). Cabe agregar que, conforme lo dispone dicha norma, los titulares de las acciones sin derecho a voto tienen legitimidad para obrar solo para impugnar acuerdos que afecten los derechos especiales que les corresponden.

Por su parte, las pretensiones de impugnación que se sustenten en las causales de impugnación previstas en el artículo 150 de la LGS (contra acuerdos contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad) y a las que nos hemos referido en el punto 2.2., pueden ser planteadas por cualquier persona que tenga legítimo interés. La legitimación procesal en este caso se amplía para permitir plantear las pretensiones mencionadas, no solo a los accionistas - cualquiera de ellos sin las limitaciones impuestas por el artículo 140- sino también a los miembros del Directorio o cualquier acreedor que se vea afectado con dicho acuerdo. Resulta oportuno hacer presente

(7) Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Argentina. *Ibid.*; p. 121.

## Enrique Palacios Pareja

que este «legítimo interés» al que hace referencia la norma, es el previsto por el Código Civil en el artículo VI de su Título Preliminar, según el cual «para ejercitar o contestar una acción (sic) es necesario tener legítimo interés económico o moral»; y recordar también que no se trata del interés para obrar, que es estrictamente procesal, y por lo tanto se agota en la evaluación de si el proceso es o no una herramienta necesaria y eficiente, sin la cual el justiciable ve desprotegido el derecho vulnerado.

### 3.2. La legitimidad para obrar pasiva y la intervención de terceros

En todos los casos la legitimidad pasiva recae en la sociedad cuya Junta de Accionistas adoptó el acuerdo que se busca impugnar. Es del caso anotar que conforme lo establece el artículo 141 de la LGS, si bien es cierto la legitimación pasiva corresponde a la sociedad, los accionistas que hayan votado a favor del acuerdo tienen legitimidad para intervenir en el proceso en calidad de terceros coadyuvantes; es decir que según el texto legal su actuación en el proceso se limitará a coadyuvar o colaborar con la sociedad en la defensa del acuerdo cuestionado.

Un importante sector de la doctrina, nacional y extranjera, sostiene que los accionistas que votaron a favor del acuerdo son litisconsortes cuasinecesarios de la sociedad, en tanto la sentencia los afectará a todos por igual. En tal sentido, los accionistas que votaron a favor del acuerdo no estarían legitimados para intervenir tan solo como coadyuvantes, sino como litisconsortes. Esta es una diferencia trascendental, pues la intervención coadyuvante coloca al interviniente en una posición secundaria en el proceso, como un simple colaborador adherido a la parte principal a la que ayuda. En tal sentido no tiene autonomía y su participación está limitada a la voluntad de la parte principal, a la que no puede contradecir. Mientras que en la intervención litisconsorcial, el interviniente adquiere la calidad de parte principal, al igual que la parte originaria, con las mismas facultades. La única diferencia entre ellos es la oportunidad en que ingresaron al proceso.

Somos de la opinión que los accionistas que votaron a favor del acuerdo podrán intervenir en el proceso de impugnación solo como coadyuvantes de la sociedad demandada, para colaborar en la defensa de la validez del acuerdo, y no como

litisconsortes. Veamos los motivos: para la intervención litisconsorcial, el interviniente tiene que haber estado legitimado para demandar o haber sido demandado en ese mismo proceso, dado que la sentencia va a afectar a las partes originarias y a él de manera uniforme, por ser titulares de la misma relación sustancial discutida. En el caso del accionista que votó a favor del acuerdo esto no se cumple, pues él no es titular de la misma relación sustancial entre las partes, respecto de la que vaya a producirse un pronunciamiento que los afecte a todos por igual. Recordemos que la relación sustancial ha surgido entre la sociedad (cuyo órgano tomó un acuerdo) y el accionista que impugna dicho acuerdo. El accionista que votó a favor tiene tan solo una relación sustancial con una de las partes, la sociedad (pues es accionista de ella), pero no integra la relación jurídica entre el impugnante y la sociedad. Ahora bien, como la relación entre el accionista que votó a favor y la sociedad se verá afectada como consecuencia de la sentencia que resuelva entre la relación entre el accionista impugnante y la sociedad, el primero podrá coadyuvar a la defensa del acuerdo para evitar los efectos reflejos de la sentencia. Este es justamente el supuesto de la intervención coadyuvante.

Distinto será el caso de aquel accionista que habiendo votado en contra, estado ausente, o se le impidió votar en la junta (supuestos de legitimidad activa para impugnar), pretenda intervenir en el proceso iniciado por otro accionista impugnando el acuerdo adoptado en dicha junta. Si este accionista interviene cuestionando el acuerdo por las mismas causas del demandante, no tenemos duda que podrá intervenir litisconsorcialmente, pues él sí hubiera podido ser demandante originario en el proceso, y la sentencia le va a afectar directamente y de manera uniforme con el

demandante, pues se pronunciará sobre la validez o ineficacia de un acuerdo que él también cuestiona por los mismos fundamentos.

### **3.3. Los casos en los que el demandante pierda la condición de accionista en el transcurso del proceso**

Finalmente, debe señalarse que el artículo 144 de la LGS dispone que, el accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo, debe mantener su condición de accionista durante el proceso. Esta es una norma importante, puesto que como hemos dicho, la legitimidad es una condición para la validez de la relación jurídico-procesal y de la sentencia que se dicte al término del proceso; con lo cual esta condición, como las demás, no solo debe darse al inicio del proceso sino que debe persistir durante el transcurso del mismo, a fin de mantener la validez de la relación jurídico-procesal. Si por algún motivo, alguna de las partes en el proceso perdiera la legitimidad para obrar, no puede continuarse con actividad procesal válida sino hasta que la relación jurídico-procesal se complete de nuevo válidamente. Es por ello que, si para poder iniciar un proceso de impugnación de acuerdos la ley exige tener la calidad de accionista, con las características que hemos indicado anteriormente y que se encuentran recogidas en el artículo 140, dicha calidad tendrá que mantenerse durante todo el proceso para continuar válidamente con él.

Es oportuno detenernos un momento a analizar la posición de la LGS sobre el particular. El artículo 144, en su segundo párrafo dispone que «la transferencia voluntaria, parcial o total, de las acciones del accionista demandante extinguirá, respecto de él, el proceso de impugnación». Somos de la opinión que en aras de la coherencia con el sustento procesal que acabamos de esbozar, la extinción del proceso respecto del accionista que pierde el dominio sobre sus acciones, no debe limitarse a los casos en que la transferencia sea voluntaria, sino que debe alcanzar, incluso, a las transferencias forzadas, como por ejemplo cuando las acciones sean embargadas y posteriormente rematadas en ejecución forzada. Tanto en el caso de la transferencia voluntaria, como en la forzada, lo cierto es que el accionista perdió la titularidad de las acciones, y por lo tanto la posición que lo habilitaba para detentar la calidad de parte demandante en el proceso de impugnación de acuerdos.

Ahora bien, la norma en comento se coloca en dos supuestos que pasamos a analizar.

#### **3.3.1. Cuando se haya transferido la totalidad de las acciones**

En este caso es evidente que el accionista demandante ha perdido legitimidad para obrar, porque la posición básica que lo habilitaba para interponer una demanda, y en consecuencia para actuar en un proceso, era su calidad de accionista; con lo cual si transfiere la totalidad de las acciones pierde esta calidad y, en consecuencia, la legitimidad para obrar en el proceso. Si ello ocurre -dice la norma- el proceso se extinguirá respecto de él. Este efecto es preciso entenderlo, a su vez, en dos supuestos:

El primero, es que si el accionista transferente conformaba un litisconsorcio activo, él ya no podrá seguir actuando en el proceso, pero los demás accionistas que conforman la parte demandante sí. Como sabemos, el litisconsorcio es la institución procesal que hace referencia a la participación de más de un sujeto en la parte demandante (litisconsorcio activo), o en la parte demandada (litisconsorcio pasivo), en ambos (litisconsorcio mixto). Para que pueda conformarse un litisconsorcio, todos los sujetos que lo integran deben tener legitimidad para obrar. En consecuencia, si uno de los sujetos que conformaba el litisconsorcio pierde su calidad de accionista a través de la transferencia de la totalidad de sus acciones, pierde la legitimidad para obrar. Ello no significa que los demás sujetos (o litisconsortes), que mantienen su condición de accionistas, hayan también perdido su legitimidad, razón por la cual el único que se verá impedido de seguir actuando válidamente en el proceso será aquel que ha realizado la transferencia del total de sus acciones, pero los demás podrán seguir actuando válidamente en el proceso.

El segundo supuesto es aquel en que el accionista no conforma un litisconsorcio,



## Enrique Palacios Pareja

sino que solo él integra la parte demandante. Si es así, tenemos que determinar si el proceso continúa con el adquirente de las acciones, ya que este es el nuevo accionista y, por lo tanto, quien ahora tendría legitimidad para obrar. Este tema nos lleva a revisar necesariamente la institución conocida como sucesión procesal, la misma que se encuentra regulada en el artículo 108 del Código Procesal Civil. Conforme a ella, un sujeto ocupa el lugar de otro en un proceso, al reemplazarlo como titular activo o pasivo del derecho discutido como consecuencia de la transferencia de este. En este caso nos encontramos ante un proceso iniciado por un accionista impugnando un acuerdo de la Junta General, quien en el transcurso del proceso transfiere a un tercero sus acciones, y por lo tanto los derechos que de ellas emanan. Así, resulta claro que el adquirente sucederá en el proceso, como demandante, a aquel quien le transfirió las acciones.

Caso distinto, no previsto en la LGS, es el del accionista que habiendo votado en contra, estando ausente, o impedido de ejercer su derecho a voto, transfiere sus acciones sin haber demandado la impugnación del acuerdo. ¿Puede el adquirente iniciar el proceso? Frente a la pregunta existen dos teorías. La primera, denominada teoría del desplazamiento del poder impugnatorio, según la cual «de la misma manera que la sombra sigue al cuerpo, cada cambio de dominio de la acción desplaza, en su plenitud, aquellas facultades, y entre ellas, naturalmente, la capacidad procesal para reaccionar contra los acuerdos irregulares»<sup>(8)</sup>. La segunda teoría, conocida como la teoría de la congelación, sostiene que para desarrollar con legitimidad un proceso de impugnación de acuerdos se requiere, además de la posesión del estado de socio, un interés del accionista que resulte digno de protección jurídica, interés que tiene una naturaleza individual, que surge de una relación entre el socio y la sociedad y que debe existir al momento en que se adoptó el acuerdo materia de la *litis*. Para esta corriente, el ejercicio del derecho impugnatorio no depende tan solo de la tenencia legítima del título, sino además de cierta actitud personal. De acuerdo a esta teoría si para impugnar un acuerdo se requiere además de tener la calidad de accionista, haber votado en contra del acuerdo, haber estado ausente o haber sido privado ilegítimamente del derecho a voto, la consecuencia es que el adquirente de las acciones, si bien

es cierto se convierte en accionista, no ocupa la posición habilitante prevista y exigida por la norma de derecho material para poder ocupar a su vez la posición activa en la relación procesal, pues no votó en contra, no estuvo ausente, ni fue privado de su derecho a voto. En este sentido se pronuncia Garrigues, quien sostiene que si bien es cierto parte importante de la doctrina se ha inclinado a favor de que los nuevos accionistas puedan impugnar los acuerdos de la Junta General que contravengan la ley, se opongan al estatuto o lesionen en beneficio de uno o varios accionistas los intereses de la sociedad, «(...) en los casos del artículo 69 de nuestra ley no debe reputarse legitimado a quien adquiera la condición con posterioridad al acuerdo. Fácilmente se desprende de ese precepto legal que cada concreta acción de impugnación no es una acción que corresponda a todo socio por el hecho de serlo y pueda pasar de socio a socio con la transmisión del título. Por el contrario, la acción se concede individual y personalmente al accionista que reúna las condiciones especiales que el precepto señala: al accionista que habiendo concurrido a la junta haya hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnado, al ausente y al que haya sido ilegítimamente privado de emitir su voto, y estos no pueden transmitirla enajenando sus título»<sup>(9)</sup>.

Adherimos a la teoría del desplazamiento del poder impugnatorio, en virtud de la cual el adquirente de las acciones hace suyos todos los derechos y obligaciones derivados de las mismas. No encontramos razón para distinguir donde la ley no lo hace, permitiendo que el adquirente ejerza algunos derechos y otros no. Cuando este adquirió las acciones, lo hizo con

(8) BÉRGAMO, Alejandro. *Sociedades Anónimas*. Tomo II. Madrid: Prensa Castellana, 1970. p. 725.

(9) GARRIGUES, Joaquín y Rodrigo URÍA. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*. Tomo II. Madrid, 1976. p. 774.

conocimiento de las atribuciones y facultades que estas concedían a su titular, lo cual puede haber influido en la determinación del precio, o en definitiva en su decisión de adquirirlas. En todo caso, es el adquirente quien decidirá si ejerce o no el derecho de impugnar el acuerdo.

### 3.3.2. Cuando se haya transferido parcialmente las acciones que poseía el demandante

Este supuesto es tratado por el artículo 144 de la LGS de la misma forma que el de la transferencia total de las acciones, como si ambos fueran lo mismo. Recordemos que se permite a cualquier accionista que cumpla con los requisitos del artículo 140 iniciar un proceso de impugnación de acuerdos, sin que se exija tener un número determinado de acciones. En tal sentido, si un accionista, durante el transcurso del proceso por él iniciado, transfiere la propiedad de algunas acciones, continuará teniendo la calidad de accionista respecto de las acciones que no transfirió y en consecuencia mantendrá la posición que lo habilitó para plantear la pretensión. Es decir, mantendrá su legitimidad para obrar, razón por la cual no encontramos sustento a la norma que comentamos, en cuanto sostiene que en este caso el proceso también deberá concluir respecto de él. Aquí el proceso deberá continuar debido a que se mantienen los presupuestos necesarios para la existencia de una relación procesal válida, con lo cual a nuestro parecer este es un error que debe ser subsanado.

Es más, en concordancia con lo expuesto en el acápite precedente, ante la transferencia de parte de las acciones a un tercero, este último estará legitimado para intervenir en el proceso como litisconsorte del demandante, en razón de haber adquirido de este parte de las acciones que contienen el derecho en disputa.

## 4. La acumulación de pretensiones

La acumulación de pretensiones es la institución procesal referida a la presencia de más de una pretensión en un mismo proceso, ya sea por parte de un demandante frente

a un demandado (acumulación objetiva), o de más de una pretensión de varios demandantes o contra varios demandados (acumulación subjetiva de pretensiones). Si cualquiera de estas formas de acumulación se presenta desde el inicio del proceso, estamos frente a una acumulación originaria. Cuando se presenta una vez iniciado el proceso estamos frente a una acumulación sucesiva.

El artículo 146 de la LGS hace referencia a la acumulación de pretensiones de impugnación exigiendo que todas las acciones que tengan por objeto la impugnación de un mismo acuerdo se sustancien y resuelvan en un mismo proceso. Debemos indicar que si bien la sumilla del referido artículo denomina correctamente esta institución como «acumulación de pretensiones de impugnación», el texto hace referencia a que todas «las acciones» deberán sustanciarse en un mismo proceso, cuando en realidad debió decir que todas las pretensiones deben sustanciarse en un mismo proceso. Se presenta nuevamente una confusión de conceptos<sup>(10)</sup>.

### 4.1. Acumulación objetiva

Este caso se presenta cuando en un mismo proceso un solo accionista demandante plantea más de una pretensión. Para que este tipo de acumulación proceda, el artículo 85 del Código Procesal Civil exige que las pretensiones que se acumulen sean de competencia de un mismo juez, no sean contrarias entre sí (salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa) y que sean tramitables en una

(10) Hay acumulación de acciones cuando el demandado, dentro del término que tiene para contestar la demanda, procede, por su parte, a demandar en el mismo proceso a su demandante; es lo que se conoce como demanda de reconvención, y es posible en los procesos civiles ordinarios y abreviados. También la hay cuando se acumulan procesos iniciados por separado.

## Enrique Palacios Pareja

misma vía procedimental. De ahí que en este punto creemos importante analizar lo establecido en el artículo 146 de la LGS, según el cual «no puede acumularse a la pretensión de impugnación iniciada por las causales previstas en el artículo 139, la de resarcimiento de daños y perjuicios o cualquier otra que deba tramitarse en la vía del proceso de conocimiento (...)». Considerando que conforme al artículo 143 la impugnación de acuerdos por las causales del artículo 139 solo se tramitan por las vías del proceso abreviado o sumarísimo, este artículo 146 no hace sino reiterar lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 85 del Código Procesal Civil, impidiendo no solo la acumulación de pretensiones tramitables en la vía del proceso de conocimiento, que obviamente constituye una vía procedimental distinta, sino con cualesquiera otras pretensiones que estén sometidas a una vía procedimental distinta a la que corresponde a la pretensión de impugnación de acuerdos.

Además, de la manera como se encuentra redactado el artículo 146, pareciera que este asume que todas las pretensiones de indemnización se tramitan en la vía de proceso de conocimiento, cuando -como sabemos- ello no es así, ya que para determinar la vía procedimental en la que debe tramitarse una pretensión de indemnización debemos atender a la cuantía de lo pretendido. De esta forma, dependiendo del monto del petitorio, habrán pretensiones de indemnización que se tramiten en las vías del proceso de conocimiento (si el monto del petitorio es mayor de 1000 Unidades de Referencia Procesal -en adelante, URP-, conforme lo dispone el inciso 2 del artículo 475 del Código Procesal Civil), abreviado (cuando el monto del petitorio se encuentre entre 100 y 1000 URP, conforme al inciso 7 del artículo 486 del Código Procesal Civil) y sumarísimo (si el monto del petitorio no excede de 100 URP, según el inciso 7 del artículo 546 del Código Procesal Civil). En ese sentido, si atendemos al texto del artículo 146 de la LGS, debemos entender que este impide solo la acumulación de las pretensiones de impugnación a las que hace referencia el artículo 139 con las de indemnización que se tramiten en la vía del proceso de conocimiento. Con ello será posible la acumulación de pretensiones de impugnación previstas en el artículo 139 con las de indemnización que por su cuantía se tramiten en las vías del proceso abreviado o sumarísimo, siempre que -como hemos dicho- la pretensión de impugnación y la de indemnización sean tramitables en la

misma vía procedimental, es decir abreviada o sumarísima.

### 4.1.1. Acumulación objetiva originaria

Este tipo de acumulación se presenta cuando, desde el momento de la interposición de la demanda, un mismo accionista plantea más de una pretensión en el mismo proceso. En este caso podemos encontrarlos en cualquiera de los siguientes casos:

#### 4.1.1.1. Cuando un accionista pretende impugnar un mismo acuerdo por más de una causal

Pareciera que este caso no es uno en el que nos encontremos ante varias pretensiones, sino ante una sola pretensión en la medida que se pretende impugnar un solo acuerdo. Sin embargo, en realidad nos encontramos frente a más de una pretensión. Para comprenderlo recordemos lo que expusieramos en el numeral 2 del presente artículo acerca de la estructura de la pretensión, que se conforma de dos elementos: el *petitum*, que es el pedido concreto que se realiza mediante la demanda; y la *causa petendi*, que está compuesta por los fundamentos de hecho y derecho que sustentan el petitorio.

De esta forma, si se pretende la impugnación de un mismo acuerdo por más de una causal, estaremos frente a dos pretensiones, las cuales tienen idéntico *petitum*: la impugnación de un mismo acuerdo; pero distinta *causa petendi*: diversos fundamentos de hecho y de derecho. Tan es así que el accionista podría intentar impugnar un acuerdo por una causal en un proceso, y paralelamente impugnar el mismo acuerdo por otra causal en otro proceso, sin que ello constituya un caso de litispendencia.

#### 4.1.1.2. Cuando un accionista pretende impugnar diversos acuerdos

En este caso no es relevante que las distintas impugnaciones se sustenten en la misma causal, claro está siempre que se cumpla con el requisito de ser tramitables en la misma vía procedimental, al que hemos hecho referencia anteriormente. En ese sentido, el accionista puede, en un mismo proceso, acumular las pretensiones de impugnación de diversos acuerdos de la Junta de Accionistas; lo que concretiza el principio de economía procesal, ya que de lo contrario se le exigiría al accionista iniciar varios procesos contra la misma sociedad para la impugnación de diversos acuerdos. Sin duda, el accionista que pretende acumular diversas pretensiones debe estar legitimado para interponer cada una de ellas, conforme a las disposiciones sobre legitimación a las que hemos hecho referencia anteriormente.

#### 4.1.2. Acumulación objetiva sucesiva

Este tipo de acumulación se presenta cuando al iniciarse un proceso se plantea una sola pretensión, pero luego, en el trámite del mismo, se incorpora a él una o más pretensiones. De acuerdo a lo regulado en el artículo 88 del Código Procesal Civil pueden presentarse los siguientes casos de acumulación sucesiva de pretensiones:

##### 4.1.2.1. Cuando el accionista demandante agrega a su demanda una o más pretensiones

Este caso constituye un supuesto de modificación de la demanda, regulado en el artículo 428 del Código Procesal Civil, norma que permite al demandante modificar su demanda antes de que sea notificada a la otra parte. El accionista modifica su demanda incorporando una nueva pretensión, sea que impugne el mismo acuerdo que impugnó originariamente, pero por una nueva causal; o que impugne un acuerdo distinto al original. En ambos casos, como hemos venido diciendo, es preciso que se cumplan con los requisitos del artículo 85 del Código Procesal Civil.

##### 4.1.2.2. Cuando el demandado reconviene

La reconvencción, además de importar una acumulación de acciones, constituye a su vez un supuesto de acumulación sucesiva de pretensiones, pues el demandado incorpora una nueva pretensión al proceso al momento de contestar la demanda. Esta pretensión se incorpora obviamente luego de presentada la demanda, lo que hace que esta forma de

acumulación sea sucesiva. Según el artículo 146 de la LGS, en los casos en los que se inicien procesos con pretensiones sustentadas en el artículo 139, no se admitirá reconvencción por parte de la sociedad reclamando resarcimiento de daños y perjuicios, o cualquier otra que deba tramitarse en la vía del proceso de conocimiento. Sobre este extremo de la norma, resultan aplicables los comentarios y conclusiones vertidos al inicio de este punto 4.1., en el sentido que se prohíbe la acumulación entre pretensiones en tanto sean tramitables en distintas vías procedimentales, con lo cual la redacción del artículo 146, en los procesos de impugnación de acuerdos será procedente la reconvencción siempre que la pretensión contenida en ella esté sometida a la misma vía procedimental a la que se sujeta la pretensión contenida en la demanda.

De otro lado, debe tenerse presente que en el caso de las pretensiones de impugnación tramitadas en la vía del proceso sumarísimo, existe ya una prohibición de reconvenir con la aplicación de la regla contenida en el inciso 1 del artículo 559 del Código Procesal Civil, según la cual en los procesos sumarísimos no es procedente la reconvencción.

#### 4.2. Acumulación subjetiva de pretensiones

Como lo expresa Ramírez Arcila<sup>(11)</sup> «la acumulación de pretensiones siempre es objetiva, aunque al mismo tiempo pueda presentarse en concurrencia con la acumulación de sujetos (...)». Se trata entonces de una reunión de dos o más personas en un proceso, ya sea en la parte demandante, en la parte demandada, o en ambas, en el que se plantea más de una pretensión. Por ello, además de acumularse personas se acumulan pretensiones.

(11) RAMÍREZ ARCILA, Carlos. *Acción y Acumulación de Pretensiones*. Bogotá: Temis, 1978. p. 149.

## Enrique Palacios Pareja

Obviamente, al encontramos frente a la reunión de más de dos sujetos en alguna o en ambas partes se conformará un litisconsorcio. Analicemos las situaciones posibles con vista a la LGS.

### 4.2.1. Acumulación subjetiva de pretensiones originaria

Este supuesto hace referencia al hecho que la demanda no sea interpuesta por uno, sino por varios accionistas legitimados, conformándose de esta manera un litisconsorcio activo facultativo originario. Es litisconsorcio activo porque la parte demandante se encuentra conformada por una pluralidad de sujetos. Es facultativo, porque cada uno de los accionistas tiene una pretensión distinta, la cual en principio podría hacer valer en un proceso aparte, sin que sea necesario que se encuentren presentes todos ellos para que se constituya una relación jurídico-procesal válida.

### 4.2.2. Acumulación subjetiva de pretensiones sucesiva

Este supuesto hace referencia al hecho que al momento de la presentación de la demanda, la parte demandante se encuentra conformada por un solo sujeto. Sin embargo, durante el trámite del proceso uno o más sujetos nuevos se incorporan a él, conformando un litisconsorcio activo. En este caso, conforme lo dispone el artículo 89 del Código Procesal Civil, la acumulación subjetiva de pretensiones sucesiva puede presentarse en dos supuestos:

#### 4.2.2.1. Cuando cualquiera de los accionistas legitimados incorpore al proceso ya iniciado por otro accionista, su pretensión de impugnar el acuerdo materia del proceso

Aquí nos encontramos ante un proceso en trámite al cual se incorpora un tercero legitimado (es decir una persona ajena a la relación jurídico-procesal), con su propia pretensión. En este supuesto estaríamos ante la figura de una intervención de tercero litisconsorcial, debido a que, conforme al artículo 148 de la LGS, existe la posibilidad de que los efectos de la sentencia a dictarse en el proceso ya iniciado, se extiendan a todos los accionistas<sup>(12)</sup>.

#### 4.2.2.2. Cuando dos o más pretensiones, intentadas en dos o más procesos autónomos, se reúnen en un proceso único

Este supuesto se refiere al hecho que se hayan iniciado dos o más procesos por distintos accionistas legitimados impugnando

el mismo acuerdo; o dos o más procesos impugnando acuerdos distintos vinculados entre sí, procesos que pueden haber sido iniciados por un mismo o por distintos accionistas. En todos estos casos, dada la conexidad entre las pretensiones, se permite la acumulación de los procesos y, por tanto, de las pretensiones intentadas en cada uno de estos.

## 5. Las medidas cautelares

La medida cautelar tiene por finalidad asegurar que la sentencia que se dicte al término del proceso sea eficaz. Es decir, si el proceso se inicia con la finalidad de solucionar un conflicto de intereses es preciso que este cumpla con dicha finalidad concreta.

Ahora bien, para la procedencia de una medida cautelar deben cumplirse con ciertos requisitos. En primer lugar, se exige que con la demanda planteada se origine en el juez una apariencia en el derecho invocado, en otras palabras se debe crear en el juez la verosimilitud (no convicción) de que el acuerdo que se impugna incurre efectivamente en alguna de las causales previstas en la ley como para amparar la pretensión impugnativa de dicho acuerdo social. En segundo lugar, es preciso acreditar el peligro en la demora, es decir el que si el juez no concede la medida cautelar, se puede originar al solicitante un daño irreparable, determinando con ello que la sentencia que dicte el juzgado sea inútil. Finalmente, debe demostrarse la adecuación de la medida cautelar con el derecho que sustenta la pretensión principal. Esta adecuación debe ser cualitativa, en el sentido que la medida cautelar debe ser congruente con el derecho que se pretende garantizar; y cuantitativa en cuanto la medida

(12) Nos remitimos a lo expuesto en el último párrafo del punto 3.2. de este artículo.

debe ser proporcional al importe al que asciende la pretensión principal.

De otro lado, se exige la prestación de una contracautela, como una forma de garantizar el resarcimiento de los daños que eventualmente pueda originar en el deudor la indebida ejecución de una medida cautelar. Es preciso señalar que la contracautela no es un requisito para la procedencia de la medida cautelar, sino para su ejecución.

### 5.1. La medida cautelar innovativa en la LGS

El artículo 145 dispone que: «el juez, a pedido de accionistas que representen más del veinte por ciento del capital suscrito, podrá dictar medida cautelar de suspensión del acuerdo impugnado». Con ello se está posibilitando de manera expresa la procedencia de una medida cautelar innovativa (prevista en el artículo 682 del Código Procesal Civil), puesto que con ella se pretende modificar una situación existente al momento de interponer la demanda, mediante la cesación de los efectos del acuerdo que, al momento de la interposición de la demanda, era perfectamente eficaz. Como sabemos, la medida cautelar innovativa «es una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado (...)»<sup>(13)</sup>. En ese sentido, se presenta como el medio más idóneo para lograr la eficacia de la sentencia que se dicte al final de los procesos de impugnación de acuerdos de la Junta General de Accionistas.

El artículo bajo comentario exige que esta medida cautelar sea solicitada por accionistas que representen más del 20% del capital suscrito. Con ello, la LGS exige una legitimación mayor para solicitar la medida cautelar que la que exige para la interposición de la demanda, ya que como hemos visto la demanda de impugnación de acuerdo de Junta General puede ser instaurada por cualquier accionista que cumpla con las condiciones dispuestas en el artículo 140 ya comentado, sin que se exija la titularidad de un número de acciones determinadas. Si recordamos que el proceso

cautelar es un proceso instrumental del principal, notamos que la ley está exigiendo mayor legitimidad para iniciar el proceso instrumental que la que exige para dar inicio al proceso principal.

Es un error exigir un porcentaje calificado en la propiedad de acciones en la sociedad para poder solicitar la medida cautelar innovativa, dado que el peligro en la demora que se trata de evitar con la medida existe para un accionista independientemente del porcentaje del capital social que representen las acciones de las que es titular, y por el simple hecho de no contar con el 20% que arbitrariamente exige la ley puede ser llevado a sufrir la prosecución de un proceso judicial que, finalmente, no cumplirá la finalidad concreta que le confiere el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, es decir «resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales».

Esta norma resta eficacia y razón de ser a la medida cautelar innovativa, que por su propia naturaleza responde a una especial situación de urgencia «ante la inminencia del perjuicio irreparable» que se trata de evitar. Me explico: las medidas cautelares para futura ejecución forzada, como por ejemplo los embargos, exigen tan solo el peligro en la demora, en cuyo caso el solo transcurso del tiempo constituye de por sí, un estado de amenaza que merece tutela de tipo cautelar<sup>(14)</sup>. De otro lado, la medida innovativa exige un *periculum in mora*

(13) PEYRANO, Jorge W. *Op. cit.*; p. 276.

(14) «El *periculum in mora* que constituye la base de las medidas cautelares (...) es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario». CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945. p. 42.

## Enrique Palacios Pareja

calificado; es decir, no basta la sola invocación del transcurso del tiempo, sino que debe tratarse de un perjuicio irreparable e inminente. Efectivamente, el artículo 682 del Código Procesal Civil establece como presupuesto para el otorgamiento de la medida la inminencia de un perjuicio irreparable, en cuyo caso puede el juez dictar medidas innovativas. Entonces, no tiene el menor sentido sostener que para proteger situaciones de excepcional y grave perjuicio, como en el caso de las medidas de no innovar, se exija la presencia de un número determinado de acciones por quien la solicita, y para los casos en que no existe un general peligro en la demora no se establece tal exigencia.

Sobre este mismo punto considero que la norma en comento es inconstitucional, por transgredir el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución que garantiza el derecho al debido proceso y a la tutela judicial como principios y derechos de la función jurisdiccional. Como sabemos, la jurisdicción no solo se agota en declarar el derecho a través de la sentencia, sino implica que el órgano jurisdiccional otorgue mecanismos de tutela para garantizar que su declaración se cumpla, que se lleve a la realidad. Con la norma comentada la judicatura admite la impugnación del acuerdo planteada por el accionista que representa menos del 20% del capital social, pero no le otorga mecanismo de tutela para garantizar la eficacia de la sentencia que se dicte, a pesar que muestre verosimilitud, peligro en la demora y adecuación de la medida solicitada. Y todo porque es un accionista con participación menor al 20%.

En tal sentido, procederá que los jueces, aplicando el control difuso de la constitucionalidad de las normas, inapliquen el artículo 145 de la LGS y concedan la medida cautelar innovativa a todo accionista que la solicita, independientemente de su porcentaje de participación en el capital, siempre que cumpla con los presupuestos de toda medida cautelar a los que he hecho referencia.

Finalmente, el segundo párrafo del artículo bajo comentario dispone que el juez debe solicitar a los demandantes que presten contracautela para resarcir los daños y perjuicios que pueda ocasionar la suspensión. Esta disposición no es sino

una reiteración de lo que el Código Procesal Civil exige para la procedencia de cualquier otra medida cautelar, el ofrecimiento de contracautela.

### 5.2. La medida cautelar de anotación preventiva de la demanda

Finalmente, en el artículo 147 de la LGS se regula una medida cautelar específica, la cual es la anotación preventiva de la demanda. Así, el primer párrafo del artículo 147 en mención dispone que: «a solicitud de parte, el juez puede dictar medida cautelar, disponiendo la anotación de la demanda en el Registro». Esta medida cautelar busca hacer pública la presentación de una demanda de impugnación de acuerdos. Es decir, esta medida cautelar tendrá por finalidad poner en conocimiento de terceros que determinado acuerdo de la Junta General de Accionistas está siendo impugnado en el Poder Judicial, lo cual no afecta los efectos legales de dicho acuerdo, los que se siguen produciendo en tanto no exista resolución judicial que los suspenda.

Lo anteriormente expuesto es importante ya que como sabemos, la sentencia normalmente surte efectos frente a quienes han sido parte en el proceso. De esta forma, puede ocurrir que la sociedad celebre determinados actos jurídicos con terceros sobre la base de un acuerdo que está siendo impugnado. Así, si finalmente el Poder Judicial declara fundada la demanda, esta sentencia no podría surtir efectos frente a los terceros que han contratado con la sociedad de buena fe<sup>(15)</sup>. Sin embargo, si se logra que el acuerdo se inscriba en los Registros Públicos se logrará poner en conocimiento de los terceros el inicio del

(15) Así lo dispone el primer párrafo del artículo 148 de la LGS al disponer que: «la sentencia que declare fundada la impugnación producirá efectos frente a la sociedad y todos los accionistas, pero no afectará los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado».

proceso de impugnación, con lo cual los terceros posteriormente no podrán alegar buena fe al momento de contratar con la sociedad.

Para efectos prácticos, o frente a determinadas situaciones de hecho, la anotación de la demanda puede no ser una medida que cautele suficientemente los intereses del demandante a fin de evitar que la sentencia sea inejecutable. Imaginemos que la Junta General de Accionistas de una sociedad adopta, irregularmente, el acuerdo de liquidarla, el mismo que es impugnado por un accionista. A este accionista puede resultarle insuficiente la anotación de la demanda; en razón que, a pesar de la inscripción de la misma, los liquidadores empiezan a realizar los activos y pagar los pasivos de la empresa durante la tramitación del proceso de impugnación del acuerdo de liquidación, con lo cual al demandante, para efectos prácticos, le va a resultar virtualmente imposible lograr ejecutar la decisión judicial que declaró nulo el acuerdo de liquidación.

Para un caso como el propuesto, la alternativa de protección para el accionista demandante estaría dada por solicitar y obtener una decisión judicial cautelar que declare la suspensión del acuerdo (medida a la que nos acabamos de referir en el punto 5.1. precedente) y la inscripción de dicha decisión judicial en el registro mercantil. El segundo párrafo del artículo 147 de la LGS, dispone dentro del rubro de «medida cautelar» que «la suspensión definitiva del acuerdo impugnado se inscribirá cuando quede firme la resolución que así lo disponga». En esta norma encontramos dos serios errores que deben ser corregidos. El primero es que resulta incorrecto hablar de «suspensión definitiva» obtenida en un proceso cautelar, el que por su naturaleza y por disposición expresa de la ley (artículo 612 del Código Procesal Civil) «es provisoria, instrumental y variable». En ese sentido, una medida cautelar nunca puede lograr que se suspenda de manera definitiva un acuerdo, pues aun cuando quede firme la decisión cautelar que ordene la suspensión de los efectos del acuerdo, nada impide que, posteriormente, el juez pueda variar su decisión levantando la suspensión, justamente por el carácter provisorio y variable de la medida cautelar. En todo caso, será la sentencia (luego de que esta haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada) la que determine con carácter definitivo, no la suspensión del acuerdo, sino la invalidez del mismo. En segundo lugar, discrepamos del artículo en

comentario en cuanto exige que quede firme la resolución que admite la medida cautelar de suspensión para que esta pueda ser inscrita en el registro mercantil. En definitiva, esto implica prácticamente darle efecto suspensivo a la apelación de la resolución cautelar, contrariando la regla general contenida en el artículo 637 tercer párrafo del Código Procesal Civil, según el cual la apelación se concede sin efecto suspensivo. En otras palabras, se estaría declarando por el juez que el acuerdo queda en suspenso, pero esa suspensión no podrá oponerse a terceros hasta que la decisión del juez no sea confirmada por el Superior. Creemos que en definitiva el juez de la demanda no estará concediendo una medida que efectivamente cautele los derechos del demandante, velando por la efectiva ejecución de la sentencia que se dicte en el proceso principal en su oportunidad, y que se está creando un mecanismo procedimental que atenta contra la celeridad que debe caracterizar a todo proceso cautelar.

## **6. La ejecución de la sentencia**

El artículo 148 dispone que la sentencia que declare fundada la impugnación al término de este proceso surte efectos para la sociedad y todos los accionistas, aun cuando no hayan sido parte en el proceso. Esta disposición acerca de los efectos de la sentencia nos lleva a reafirmar que los demás accionistas que manifestaron su oposición al acuerdo, los ausentes o los que hayan sido privados de su derecho de emitir su voto, son litisconsortes facultativos de quien obra en la parte demandante, puesto que existe la posibilidad de que los efectos de la sentencia les alcance a ellos, presupuesto establecido por el Código Procesal Civil en su artículo 98 para legitimar al tercero a intervenir litisconsorcialmente.



## Enrique Palacios Pareja

Asimismo, el artículo bajo comentario dispone que la sentencia no afectará los derechos adquiridos por los terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado. A decir de Garrigues: «con ese precepto busca la ley la tutela del tercero que haya adquirido derechos por consecuencia de la ejecución de un acuerdo social, tutela que se basa en el estado de confianza que despierta el acuerdo cuando no revela externamente el vicio de que adolezca, o, si se quiere, en su apariencia jurídica de acuerdo válido»<sup>(16)</sup>.

### 7. Conclusiones

A continuación sintetizamos brevemente solo las conclusiones obtenidas del presente análisis que pueden significar un aporte para la modificación del texto legal:

a) El artículo 139 de la LGS hace referencia expresa solo a las pretensiones de impugnación de acuerdos de la Junta General cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social, o lesione en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas los intereses de la sociedad. Se sugiere que en este artículo se prevea expresamente a las pretensiones de impugnación por falta de quórum o por deficiencia en la convocatoria a la Junta General, mencionadas en el artículo 143 al establecer las vías procedimentales.

b) En el artículo 151 debe, además de modificarse la sumilla, pues da la idea de la existencia de otras causales de impugnación que no admite el Proyecto, corregir el uso inapropiado que se hace del concepto «acción».

c) En el artículo 140 se sugiere que se precise que quien adquiere acciones de accionistas que no concurrieron, votaron en contra, o fueron ilegítimamente impedidos de ejercer su derecho a voto en determinadas juntas, están legitimados para demandar la nulidad de los acuerdos adoptados en dichas juntas.

d) Atendiendo a que la legitimidad para obrar activa no debe darse solo al momento de la interposición de la demanda; sino que debe persistir en el actor durante todo el proceso, debe corregirse la limitación propuesta en el artículo 144, según el cual solo la transferencia voluntaria de las acciones del demandante ocasiona la extinción del proceso, ampliándola a las transferencias forzadas.

e) En el mismo artículo 144 debe suprimirse a la transferencia parcial de las acciones del actor como presupuesto de la extinción del proceso, pues si mantiene parte de su participación accionaria, sigue legitimado para obrar en el proceso.

f) En el artículo 146, además de corregir el error que lleva a confundir la acumulación de acciones con la de pretensiones, sugerimos se precise que la prohibición de la acumulación de pretensiones y de la reconvencción se limita a los casos en que las pretensiones propuestas acumuladamente o en la reconvencción, se tramiten en vías procedimentales distintas.

g) No encontramos justificación para exigir al accionista una participación mayor del 20% en el capital para poder solicitar, vía medida cautelar, la suspensión de los efectos del acuerdo impugnado. Por ello, sostenemos que debe eliminarse esa exigencia del artículo 145.

h) En cuanto a medidas cautelares, en el artículo 147 debe eliminarse la referencia a la «suspensión definitiva», pues las medidas cautelares son por naturales provisorias y variables.

i) En el mismo artículo 147, sugerimos suprimir el condicionamiento de la inscripción de la resolución cautelar, que ordena la suspensión de los efectos del acuerdo impugnado, a la confirmación de dicha resolución por parte de la instancia superior.

(16) GARRIGUES, Joaquín y Rodrigo URÍA. *Op. cit.*; p. 767.