

# LA PROBLEMÁTICA DE LA IMPUGNACIÓN Y NULIDAD DE ACUERDOS EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

**Daniel Abramovich Ackerman \***

*Daniel Abramovich nos introduce al mundo de los vacíos y contrariedades de la legislación societaria en nuestro país, sobre todo en lo referente al cuestionamiento de los acuerdos de las sociedades anónimas. Analiza los problemas y ambigüedades de la Ley General de Sociedades en lo referente a la nulidad e impugnación, tanto de las decisiones de la junta general de accionistas, como de las del directorio.*

*Con la ayuda de una serie de ejemplos demuestra cómo la LGS permite interpretaciones diversas y contradictorias de sus disposiciones, pudiéndose incluso concluir que un acuerdo es susceptible de ser cuestionado mediante acción de nulidad y acción de impugnación a la vez.*

*Asimismo, sobre la base de una amplia doctrina, intenta esclarecer las incertidumbres que surgen a raíz de las diversas interpretaciones.*

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los derechos con los que cuenta todo accionista, es el de cuestionar los acuerdos sociales, en determinadas circunstancias y previo cumplimiento de los correspondientes requisitos. Como se verá más adelante, inclusive bajo ciertas condiciones, terceros ajenos a la sociedad también cuentan con la facultad de cuestionar acuerdos societarios.

No obstante, para que este derecho pueda ser ejercido en forma cabal, existe un requisito indispensable: que la ley establezca de manera clara y precisa: (i) cuáles son las acciones existentes para cuestionar acuerdos societarios; (ii) los casos concretos en los que procede una u otra pretensión; y (iii) las consecuencias de que una pretensión contra un acuerdo solitario sea amparada. Determinar estos aspectos no es tarea nada fácil. Ya apuntaba Garrigues que “[e]ste es uno de los problemas más arduos del Derecho de sociedades anónimas. Ni aun las legislaciones que contienen normas especiales sobre este tema han conseguido resolverlo satisfactoriamente. Es difícil decir cuándo es válido un acuerdo de la junta general, pero es difícil saber cuándo es nulo y, sobre todo, cuáles son las consecuencias de la nulidad. El acuerdo puede ser absolutamente nulo o simplemente anulable, siendo grande la trascendencia de esta distinción”<sup>1</sup>.

Lamentablemente, y después de algunos años de haber entrado en vigencia, podemos afirmar que nuestra actual Ley General de Sociedades (en adelante, “LGS”) -aprobada por Ley 26887- no ha superado a su predecesora, manteniéndose una situación de oscuridad, ambigüedad e incluso duplicidad en la regulación referida al cuestionamiento de acuerdos societarios.

En el presente artículo pretendemos analizar los principales aspectos y problemas relacionados con el cuestionamiento de acuerdos relativos a la principal forma societaria en el Perú, esto es la sociedad anónima. Para esos efectos, analizaremos tanto el caso del cuestionamiento de acuerdos adoptados por la junta general de accionistas, como por el directorio. Por los múltiples problemas, tanto en la interpretación

de las normas como con respecto a sus efectos, en muchos casos quedarán más preguntas que respuestas.

Por último, queremos hacer una aclaración o “limitación de responsabilidad”. En el análisis del tema que nos ocupa existen muchos temas de derecho civil involucrados (principalmente los referidos a nulidad y anulabilidad); en este artículo no pretendemos realizar un análisis exhaustivo de esta problemática, sino más bien un análisis crítico de los principales problemas que, a nuestro juicio, contiene la LGS sobre el tema referido, desde la óptica y necesidades del derecho societario.

## II. CUESTIONAMIENTO DE ACUERDOS ADOPTADOS POR LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

### 2.1 Aspectos generales referidos a la impugnación y nulidad de acuerdos

Como se sabe, las dos formas de cuestionar acuerdos de junta general de accionistas reguladas en la LGS, se refieren a las acciones de impugnación y nulidad, reguladas de manera general, respectivamente, en los artículos 139<sup>2</sup> y 150<sup>3</sup> de la LGS. Es por ello que hasta el momento hemos utilizado de manera general el término “cuestionamiento”, justamente porque contempla, propiamente dichos, tanto la acción de “impugnación” como la acción de “nulidad”.

En los puntos siguientes intentaremos analizar (hacemos énfasis en que se trata únicamente de un intento, por lo complicada de la tarea) la regulación que da nuestra LGS a cada una de esas figuras.

#### 2.1.1 Sustento de la distinción entre impugnación y nulidad

De una lectura de los artículos 139 y 150 de la LGS, puede deducirse que la aparente intención del legislador al regular por un lado la impugnación y por otro lado la nulidad de acuerdos, fue la de distinguir entre causales de anulabilidad y de nulidad.

<sup>1</sup> GARRIGUES, Joaquín. “Curso de Derecho Mercantil”. Tomo I. México, Editorial Porrúa S.A., 1993. p. 509.

<sup>2</sup> Artículo 139 de la LGS.- Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.

No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto.

El juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se perjudica el derecho adquirido por terceros de buena fe.

<sup>3</sup> Artículo 150 de la LGS.- Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil. Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará por el proceso de conocimiento. La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo.

Más adelante veremos cómo nuestra LGS no cumplió con el cometido que propugna. Pero más allá del problema concreto de nuestra normativa, puesto que tanto nuestra legislación societaria como mercantil se ha inspirado y sigue inspirándose en la legislación española, resulta ilustrativo observar la regulación española a este respecto.

La norma general que regula el cuestionamiento de acuerdos societarios en la legislación española es el artículo 115<sup>4</sup> de la Ley de Sociedades Anónimas Española. En dicha norma, a diferencia de lo regulado en la LGS, se puede distinguir claramente los diferentes supuestos de impugnación existentes<sup>5</sup>: acuerdos nulos o anulables.

Debido a esta regulación bastante clara, la doctrina tampoco ha tenido problemas en distinguir a los acuerdos nulos de los anulables. Al respecto, Uría, Menéndez y García de Enterría señalan que “[e]n la amplia categoría genérica de los acuerdos impugnables deben distinguirse y separarse dos categorías distintas, que quedan sometidas a regímenes en gran medida divergentes: los acuerdos nulos y los simplemente anulables. Son nulos los acuerdos contrarios a la ley, mientras que los acuerdos que infrinjan los estatutos o que lesionen los intereses sociales en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros merecen la caracterización de acuerdos anulables”<sup>6</sup>. Sobre este tema agrega Garrigues que “los acuerdos anulables quedan sanados si no se impugnan en el breve plazo (...) los acuerdos radicalmente nulos no pueden (...) ser ratificados ni convalidados por otro acuerdo posterior”<sup>7</sup>.

Aunque la regulación italiana sobre acuerdos nulos y anulables discrepa en aspectos sustanciales de la regulación española (y naturalmente de la peruana, que como se verá es poco clara), resulta aleccionador lo que señala Galgano al comentar la regulación italiana sobre acuerdos nulos y anulables. Al respecto, el referido autor señala que “[p]ara que la decisión sea nula es necesario que el objeto, *en sí considerado*, sea ilícito (esto es contrario a normas imperativas) o también imposible, desde el punto de vista material. En cambio, la decisión no es nula, sino anulable, cuando su objeto –lícito en sí considerado– tiene, a su

vez, un contenido ilícito. Por ejemplo, se convoca a la asamblea para aprobar el balance, y el balance aprobado es falso. La decisión tiene aquí por objeto aprobar el balance, o sea un objeto *en sí lícito*, por tanto, como todo objeto típico, esto es, previsto por la ley como posible (y, en este caso, anualmente necesario) objeto de decisión de la asamblea. Sin embargo, el balance aprobado resulta falso, y por esto es ilícito el contenido de la decisión...”<sup>8</sup>.

Del texto transcrito en el párrafo precedente se puede inferir que el sustento de la nulidad de los acuerdos de la junta general de accionistas es, en principio, su oposición a normas imperativas, y que por tanto, adolecen de vicios de origen insubsanables, mientras que los acuerdos anulables contienen infracciones, si se quiere de menor grado, y que por tanto pueden ser subsanadas. Lamentablemente, nuestra LGS no ha seguido esta diferenciación y trata de manera poco coherente los supuestos de impugnación (en los términos de la LGS) y de nulidad.

## 2.2 Impugnación de acuerdos

### 2.2.1 Supuestos en los que procede la impugnación de un acuerdo

El artículo 139 de la LGS exige que se cumpla alguno de los siguientes requisitos para que proceda la impugnación de un acuerdo de junta general de accionistas: (i) que el contenido del acuerdo sea contrario a la LGS; (ii) que el acuerdo se oponga al estatuto o al pacto social; o (iii) que lesione los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas. Adicionalmente, el artículo 143 de la LGS<sup>9</sup> contempla un caso específico, consistente en la impugnación que se sustente en defectos de convocatoria o falta de quórum. Veamos a continuación cada uno de estos supuestos.

#### 2.2.1.1 Impugnación de acuerdos cuyo contenido sea contrario a la LGS

En este caso nos encontramos con una redacción que podría llevar a equívocos, puesto que la norma no señala que es impugnabile el acuerdo contrario a la LGS, sino cuyo contenido sea contrario a la LGS.

<sup>4</sup> Artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas Española.- (1) Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o más accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. (2) Serán nulos los acuerdos contrarios a la Ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables. (3) No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro.

Si fuera posible eliminar la causa de impugnación, el Juez otorgará un plazo razonable para que aquélla pueda ser subsanada.

<sup>5</sup> A diferencia de la normativa peruana, la legislación española se refiere, en nuestra opinión correctamente, únicamente a la impugnación de acuerdos, distinguiéndose únicamente entre los tipos de acuerdos impugnables: nulos o anulables.

<sup>6</sup> URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA. “Curso de Derecho Mercantil”. Tomo I. Madrid, Civitas, 1999. pp. 888 – 889.

<sup>7</sup> GARRIGUES, Joaquín. Op. cit. p. 510.

<sup>8</sup> GALGANO, Francesco. “Las Sociedades”. En: “Derecho Comercial” Volumen II. Bogotá, Editorial Temis S.A., 1999. p. 350.

<sup>9</sup> Artículo 143 de la LGS.- La impugnación se tramita por el proceso abreviado. Las que se sustenten en defectos de convocatoria o falta de quórum se tramitan por el proceso sumarísimo. Es competente para conocer la impugnación de los acuerdos adoptados por la junta general el juez del domicilio de la sociedad.

En esta línea, y a manera de ejemplo, podemos señalar que un acuerdo por el que se creen acciones con distinto valor nominal podría ser objeto de una acción de impugnación, ya que el contenido mismo del acuerdo sería contrario al artículo 82 de la LGS, que establece que todas las acciones deben tener el mismo valor nominal. Por el contrario, un acuerdo de aumento de capital acordado con el quórum y mayoría correspondientes, pero que no fue materia de convocatoria no sería impugnabile, puesto que el contenido mismo del acuerdo (el aumento de capital) no es contrario a la LGS, sino que se trataría de un punto tratado fuera de agenda.

Esta distinción podría parecer más o menos clara, pero como veremos posteriormente, nuestra LGS no es coherente con esta aparente postura adoptada, y permite interpretar en supuestos concretos, que un acuerdo *cuyo contenido* es contrario a la LGS, y por tanto pasible de una acción de impugnación (porque así lo dispone expresamente el artículo 139 de la LGS), también puede ser objeto de una acción de nulidad conforme al artículo 150, puesto que es contrario a una norma imperativa. Este aspecto puede ser apreciado con claridad en el punto 2.2.1.4, en el que se analiza la impugnación de acuerdos por defectos de convocatoria, así como en el punto 2.3, en el que se analiza la aplicación del artículo 38 de la LGS.

Es más, la doctrina más autorizada no titubea al señalar que “serán nulos los acuerdos cuyo contenido vulnere un mandato legal (...) sólo a guisa de ejemplo de acuerdos contrarios a la ley pueden mencionarse los siguientes: el de emisión de acciones desembolsadas en menos de una cuarta parte de sus valor. . .”<sup>10</sup>.

Es que en el fondo, uno de los casos más claros de nulidad (inclusive en el plano netamente civil) es cuando determinado acto jurídico es contrario a una norma imperativa; y obviamente esto se da en el caso de los acuerdos *cuyo contenido* es contrario a la LGS. Aparentemente, en nuestra LGS esto no ha quedado del todo claro.

#### 2.2.1.2 Impugnación de acuerdos que se opongan al estatuto o al pacto social

Como segundo supuesto en el que procede la impugnación de acuerdos adoptados por la junta general de accionistas, el artículo 139 de la LGS se refiere a los acuerdos que se opongan al pacto social o al estatuto.

En principio, esta causal pareciera no presentar mayores problemas, puesto que únicamente habría que revisar

si el correspondiente acuerdo se opone a una disposición estatutaria o contenida en el pacto social, siendo procedente en estos casos la impugnación.

No obstante, sí existe un problema de interpretación que podría hacer que un supuesto de impugnación de acuerdo por esta causal, pueda al mismo tiempo ser considerado un supuesto para el inicio de una acción de nulidad. Veámoslo mediante un ejemplo.

Supongamos, como ocurre en muchos casos, un estatuto en el que se transcriben determinadas normas imperativas de la LGS, como por ejemplo el requisito, contenido en el artículo 52 de la LGS, según el cual para que proceda la emisión de acciones se requiere que éstas hayan sido íntegramente suscritas, y cada acción suscrita pagada en al menos un veinticinco por ciento.

A pesar de ello, la junta general de accionistas adopta un acuerdo de aumento de capital, acordándose expresamente que para la emisión de las acciones será necesario únicamente pagar el diez por ciento de cada acción. ¿Estamos ante un acuerdo nulo o impugnabile? La respuesta no parece ser tan sencilla.

Por un lado, podríamos señalar que el acuerdo es nulo, puesto que va en contra de una norma imperativa, como lo es el artículo 52 de la LGS. Pero al mismo tiempo también podríamos señalar que se trata de un acuerdo impugnabile, puesto que cumpliría con el requisito de oponerse al estatuto, conforme a lo regulado en el artículo 139 de la LGS.

En nuestra opinión, en este caso concreto estamos ante un caso de nulidad y no ante uno de impugnación, puesto que en realidad lo que se está produciendo es la violación de una norma de carácter imperativo la que, *por accidente*, se encuentra también recogida en el estatuto social. Una interpretación contraria, no haría más que agregar oscuridad y ambigüedad a nuestra ya complicada regulación sobre impugnación de acuerdos.

Esta interpretación, para nosotros clara, ya fue abordada por Garrigues, cuando se refería de manera general a la diferencia entre casos de nulidad y anulabilidad de un acuerdo de la junta general de accionistas. Al respecto señaló que “[p]or regla general, estaremos ante un caso de nulidad cuando el acuerdo viole una norma legal de carácter imperativo; y ante un caso de anulabilidad cuando se trate de la violación de un precepto estatutario que no sea reproducción de una norma legal imperativa<sup>11</sup>”. De igual parecer son Uría, Menéndez y Muñoz-Planas al señalar que “[c]uando la norma o precepto estatutario infringido

<sup>10</sup> URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y José María MUÑOZ-PLANAS. “La junta general de accionistas”. En “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles”. Tomo V. Madrid, Editorial Civitas, 1992. p. 331.

<sup>11</sup> GARRIGUES, Joaquín. Op. cit. p. 511.

no haga más que reproducir un mandato legal imperativo, la violación del estatuto implicará también violación de la ley y el acuerdo, lejos de ser meramente anulable, será nulo”<sup>12</sup>.

De acuerdo a lo señalado en los párrafos anteriores, será pasible de una acción de impugnación, únicamente el acuerdo que sea contrario a una norma estatutaria, siempre y cuando se trate de una regla pactada dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad y que, por lo tanto, no sea una mera reproducción o refraseo de una disposición legal de carácter imperativo.

#### 2.2.1.3 Impugnación de acuerdos que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas

Este es el supuesto regulado en el artículo 139 de la LGS que a nuestro parecer ofrece menos problemas de interpretación, pero sobre el cual es conveniente realizar una precisión.

Para que el acuerdo sea impugnabile no basta solamente que éste cause un perjuicio a la sociedad (como podría ser por ejemplo la venta de un activo de la sociedad a un precio evidentemente inferior al real), sino que además resulta indispensable que este perjuicio para la sociedad esté aparejado de un beneficio directo o indirecto para uno o varios accionistas. Entonces, en el ejemplo planteado se requerirá, además de la transferencia a precio vil, que ésta haya sido realizada, por ejemplo, a favor de un accionista de la sociedad o de una empresa vinculada a dicho accionista, generándose así no sólo un perjuicio para la sociedad, sino también un beneficio para el accionista o persona vinculada que adquiere un bien pagando un precio claramente inferior al real.

Sobre esta causal, cabe agregar que es considerado el típico caso de un acuerdo anulable, puesto que se trata de un acuerdo formalmente válido (adoptado por la junta general de accionistas debidamente convocada e instalada, y con el quórum y mayorías correspondientes), pero en la que un accionista o grupo de accionistas impone su voluntad en beneficio propio o de terceros, sin consideración por los intereses de la sociedad. El acuerdo es formalmente válido, pero es anulable por existir una desviación o abuso de poder.

#### 2.2.1.4 Impugnación de acuerdos que se sustenten en defectos de convocatoria o falta de quórum

De acuerdo con el artículo 143 de la LGS, procedería la impugnación de un acuerdo de la junta general de accionistas, que se sustente en *defectos de convocatoria o falta de quórum*. Aquí nos encontramos tal vez ante el supuesto más complicado de analizar, tanto por la redacción de la norma, como por la definición en cuanto a si nos encontramos ante un supuesto propiamente de impugnación o de nulidad.

En primer lugar, existe un problema para interpretar algunos alcances del concepto *defectos de convocatoria*. Por un lado resulta claro, de conformidad con el artículo 116 de la LGS<sup>13</sup>, que debe ser considerada defectuosa, por ejemplo, la convocatoria realizada con una anticipación menor a la establecida por la ley, o la que no especifica el lugar, día u hora de la celebración de la junta.

¿Pero qué ocurre si simplemente no hubo convocatoria? ¿Estamos ante un caso de *defecto* de convocatoria, o por el contrario, este supuesto no está comprendido dentro de esta acepción, y por tanto, se trata de la *inexistencia* de convocatoria? Como se puede observar, este es un primer problema de interpretación, que no queremos abordar en este momento porque tiene relación con lo que se señala a continuación.

En este caso, creemos que lo más importante de definir es si, conceptualmente, los supuestos de impugnación regulados en el artículo 143 deben ser casos de impugnación (anulabilidad) o nulidad.

Por un lado, y aunque el artículo 139 de la LGS no es explícito al respecto, se puede entender que dicha norma regula únicamente el supuesto de anulabilidad, más aun cuando establece que también son anulables los acuerdos que incurran en causales de anulabilidad prevista en la LGS o en el Código Civil. Por su parte, el artículo 143 de la LGS regula el proceso de impugnación, con lo cual, por interpretación sistemática, puede deducirse que los supuestos de *defectos de convocatoria o falta de quórum*, son consideradas por la LGS como causales de impugnación o anulabilidad. Adicionalmente, también podría considerarse que esa es una definición válida de anulabilidad, puesto que el numeral 4 del artículo 219 del Código Civil (que regula los actos jurídicos anulables<sup>14</sup>), establece que un acto jurídico es anulable cuando la ley lo declara

<sup>12</sup> URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y José María MUÑOZ-PLANAS. Op. cit. p. 334.

<sup>13</sup> Artículo 116 de la LGS.- El aviso de convocatoria de la junta obligatoria anual y de las demás juntas previstas en el estatuto debe ser publicado con una anticipación no menor de diez días al de la fecha fijada para su celebración. En los demás casos, salvo aquellos en que la ley o el estatuto fijen plazos mayores, la anticipación es de tres días.

El aviso de convocatoria especifica, el lugar, día y hora de celebración de la junta general, así como los asuntos a tratar. Puede constar asimismo en el aviso el lugar, día y hora en que, si procediera, se reunirá la junta general en segunda convocatoria. Dicha segunda reunión debe celebrarse no menos de tres ni más de diez días después de la primera.

La junta general no puede tratar asuntos distintos a los señalados en el aviso de convocatoria, salvo en los casos permitidos por la Ley.

<sup>14</sup> Recordemos que por remisión del artículo 139 de la LGS, son impugnables los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en el Código Civil.

anulable: en este caso el artículo 143 lo estaría declarando anulable.

Pero esta conclusión no se encuentra exenta de problemas interpretativos. Volvamos al caso de la impugnación de acuerdos por defectos de convocatoria. ¿Acaso la publicación de un aviso de convocatoria sin la anticipación debida, o sin consignar el lugar de realización de la junta, no va en contra de una norma imperativa, como lo es el anteriormente referido artículo 116 de la LGS? Obviamente sí y, por tanto, también podría considerarse que estamos ante un acuerdo nulo, puesto que había sido adoptado contraviniendo una norma imperativa, lo que constituye una causal de nulidad de conformidad con el artículo 150 de la LGS. Como resulta evidente, a la misma conclusión se arriba si es que analizamos el supuesto de falta de quórum (además, ¿qué pasa si es que no es un problema de falta de quórum, sino de mayoría?, supuesto no regulado por la LGS de manera expresa).

Hemos encontrado opiniones divergentes sobre esta materia. Por un lado, Galgano al comentar “acuerdos” con problemas o vicios en su formación de acuerdo con la legislación y jurisprudencia italianas<sup>15</sup>, señala que debe distinguirse entre las soluciones jurisprudenciales “referentes respectivamente a las decisiones que se han de considerar inválidas por su *procedimiento formativo* y las decisiones que se han de considerar inválidas por su contenido. Las primeras deberían ser juzgadas, en rigor de términos, como simplemente anulables, ya que, de acuerdo con el artículo 2379, sólo son anulables las decisiones con objeto imposible o ilícito, mientras que cualquier otra decisión contraria a la ley o la escritura de constitución resulta, por este motivo, sometida al régimen general de la anulabilidad (...). Pero precisamente, en relación con esto, la jurisprudencia introdujo el concepto de “decisión inexistente”; en efecto, se ha dicho que si bien es verdad que el artículo 2377 convierte la causas de nulidad (distintas de la imposibilidad e ilicitud del objeto) en causas de anulabilidad, también es cierto que la conversión actúa dentro de la categoría de las decisiones inválidas y presupone no obstante, que una decisión, por más que sea inválida, *existe*, pero no actúa, según se concluye, frente a las decisiones que han de considerarse como *inexistentes* a causa de vicios radicales en el procedimiento de su formación»<sup>16</sup>.

De la cita de Galgano se puede concluir que en los términos del artículo 150 de la LGS (que dispone de manera general la nulidad de los “acuerdos” contrarios a normas imperativas), un “acuerdo” adoptado cuando existieron defectos de convocatoria o falta de quórum vendría a ser un acuerdo nulo (o “inexistente” como lo señala Galgano).

La misma opinión es compartida por Garrigues, quien señala como ejemplos típicos de acuerdos nulos “los que impliquen la violación de una norma legal sobre convocatoria, constitución y celebración de la junta. Así, serán radicalmente nulas las deliberaciones que sólo tengan la apariencia de una junta general, que por esta razón deben ser consideradas inexistentes (asamblea reunida sin convocatoria, a menos que tenga carácter universal (...) o convocada por quien no tiene facultades para ello, o en forma distinta a la prevista en la ley (...) o fuera de la localidad donde la sociedad tenga su domicilio (...) o constituida sin el quórum exigido por la ley (...) etc.)”<sup>17</sup>. Ejemplos prácticamente idénticos de nulidad son mencionados por Uría, Menéndez y Muñoz-Planas<sup>18</sup>.

Como apoyo a esta tesis de las “juntas inexistentes” en los casos contemplados por el artículo 134 de la LGS, podemos apoyarnos en el artículo 111<sup>19</sup> de la LGS. De esta norma se puede deducir con toda claridad que no toda “reunión” de accionistas constituye una junta general de accionistas, sino que esta condición corresponde únicamente a la reunión que cumpla con determinados requisitos (convocatoria, quórum, etc.). De no cumplirse con esos requisitos, no estaremos ante una verdadera junta general de accionistas y, por tanto, tampoco podríamos impugnar el correspondiente “acuerdo”, puesto que un acuerdo es impugnabile en tanto tenga justamente la calidad de tal, hablando desde el punto de vista societario.

En consecuencia, un “acuerdo” adoptado por una “junta” precedida de una convocatoria defectuosa no es una junta general de accionistas; y de igual manera el “acuerdo” “adoptado” sin el quórum legal o estatutario, tampoco es un verdadero acuerdo. Por ello, y siguiendo a Galgano, podríamos concluir que estos “acuerdos” no podrían ser impugnados por cuanto sólo puede ser impugnado lo que existe, y en estos casos los supuestos acuerdos nunca llegaron a existir.

Pero como lo señalamos desde un inicio, esta es una cuestión no ajena a la polémica (tanto así que nuestra

<sup>15</sup> Nótese que, siguiendo lo que respecto a la legislación italiana señala Galgano, de conformidad con los artículos 2379 y 2377 del Código Civil italiano, son nulos únicamente los acuerdos cuyo objeto sea imposible o ilícito, siendo anulables los demás. Por tanto, lo que señala Galgano sobre los defectos de convocatoria, debe ser analizado a la luz de esta regulación, que por lo demás difiere sustancialmente de la peruana.

<sup>16</sup> GALGANO, Francesco. Op. cit. p. 353.

<sup>17</sup> GARRIGUES, Joaquín. Op. cit. p. 511.

<sup>18</sup> URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y José María MUÑOZ-PLANAS. Op. cit. p. 329.

<sup>19</sup> Artículo 111 de la LGS.- La junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia. Todos los accionistas, incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la junta general.

LGS ha optado aparentemente por una posición jurídicamente discutible, de considerar estos casos como supuestos de anulabilidad) y existen autores que consideran de manera tácita que no estamos ante un caso de nulidad propiamente dicho, procediendo en consecuencia la confirmación del correspondiente acto. En esa línea, Frisch hace "referencia a la cuestión de la convalidación retroactiva de una resolución nula, a través de su confirmación por una resolución posterior"<sup>20</sup>. Esta figura tiene importancia práctica en los casos de defectos de forma de una resolución, por ejemplo, convocatoria, quórum o mayorías insuficientes, que quieren subsanarse por medio de una resolución confirmatoria para que se eviten así procesos inconvenientes de anulación. Se entiende que los efectos de convalidación mencionada, no podrán efectuarse en los casos de nulidad absoluta o inexistencia. Con relación a la nulidad relativa se podría aceptar la convalidación con efectos retroactivos si se atribuyera desde el punto de vista general a la subsecuente o segunda resolución efecto retroactivo"<sup>21</sup>.

### 2.2.2 Revocación y sustitución de acuerdo impugnado

En el segundo párrafo del artículo 139 de la LGS se estipula que "[n]o procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto".

A pesar de su aparente sencillez, la aplicación de esta norma no está exenta de dudas, especialmente si se tiene en cuenta los conceptos de nulidad y anulabilidad establecidos por nuestro Código Civil y que podrían poner en duda la posibilidad de "curar" determinados acuerdos incorrectamente adoptados.

Como se puede observar de la norma transcrita, los dos supuestos en los que ya no procede la impugnación de un acuerdo de junta son la "revocación" y la "sustitución" del acuerdo.

La revocación de un acuerdo impugnado es un caso que no reviste mayores dudas, puesto que resulta claro que si un acuerdo incorrectamente adoptado ha sido revocado, éste ya no se mantiene vigente y, por tanto, carece de sentido impugnarlo.

Pero el caso más interesante es el de la "sustitución", puesto que, como una vez más apuntan acertadamente Uría, Menéndez y Muñoz-Planas, "la sociedad, en vez de limitarse a dejar sin efecto (revocar) el acuerdo viciado por no interesarle su mantenimiento y a salvo, es obvio, los derechos adquiridos, también puede, según la Ley, *sustituir*

dicho acuerdo por otro que lo reemplaza. Lo que implica que los del segundo acuerdo se producen *ex tunc*, retroactivamente, pues viene a ocupar el lugar del primero (...) para que la sustitución pueda estimarse producida es necesario, por esencia, que ambos acuerdos tengan el mismo contenido y que el segundo sea válido. Si no son de contenido idéntico (lo que no impide que el segundo pueda tener, además, otros contenidos adicionales) o si, aun siéndolo, el segundo incurre en las mismas irregularidades que el primero, todas o algunas o en otras, la sustitución no se produce y la impugnación del primer acuerdo permanece abierta (...) la sociedad antes o después del acuerdo debe haber *rectificado* el contenido del acuerdo, si el vicio es de fondo, o confirmar íntegramente su contenido, pero respetando las formalidades del acuerdo, si éstas eran infringidas"<sup>22</sup>.

La práctica de revocar, sustituir o "ratificar" acuerdos ha sido ampliamente usada en nuestro medio, no obstante lo cual no queda del todo claro las consecuencias que se derivan de la sustitución o "ratificación" de acuerdos incorrectamente adoptados. Veámoslo retomando el ejemplo del acuerdo por el cual se crean acciones con distinto valor nominal (acuerdo cuyo contenido es contrario a la LGS).

De conformidad con el segundo párrafo del artículo 139 de la LGS, un acuerdo de este tipo podría ser objeto de una acción de impugnación; no obstante, como ya lo adelantáramos, este mismo acuerdo podría ser objeto de una acción de nulidad, puesto que es contrario a una norma imperativa, como lo es el artículo 82 de la LGS, que establece la obligación de que todas las acciones tengan el mismo valor nominal.

Y aquí es donde, ante la falta de una posición clara en la LGS, advertimos (sin profundizar en el tema) posibles problemas de interpretación que podrían presentarse por la aplicación del Código Civil. En efecto, conforme se ha visto, un mismo acuerdo (emisión de acciones con distinto valor nominal) podría ser considerado, en los términos de la LGS, al mismo tiempo impugnado y nulo. Centrándonos en el segundo de los supuestos, el artículo 220 del Código Civil establece que un acto jurídico nulo "[n]o puede subsanarse por la confirmación". Entonces, si es que en el ejemplo en cuestión estamos ante un acuerdo que al mismo tiempo podría ser considerado impugnado (anulable) y nulo, ¿es posible sustituir un acuerdo nulo?; ¿qué efectos (*ex tunc* o *ex nunc*) tendría la sustitución?

<sup>20</sup> En nota a pie de página el autor señala que se incorporó esta institución por su importancia práctica en el artículo 244 de la Ley Alemana sobre Sociedades por acciones de 1965, como novedad no contenida en la ley anterior de 1937.

<sup>21</sup> FRISCH PHILIPP, Walter. "La sociedad anónima mexicana" México, Editorial Porrúa, 1982. p. 359.

<sup>22</sup> URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y José María MUÑOZ-PLANAS. Op. cit. pp. 328 – 329.

Pero aquí no acaban los problemas. La posibilidad de revocar o sustituir un acuerdo impugnabile está contemplada exclusivamente en el artículo 139 de la LGS, pero el artículo 150 (que regula la nulidad de acuerdos) no señala nada al respecto. ¿Esto nos podría llevar a concluir que únicamente en los casos de impugnación y no de nulidad (como si la diferencia fuese clara en la LGS) cabría la sustitución de un acuerdo?

Ante tanta oscuridad legislativa a nosotros no nos resulta posible responder en un sentido o en otro las preguntas esbozadas en los párrafos anteriores. Este aspecto ha sido regulado (o no regulado) en forma tan oscura que, lamentablemente, existen argumentos a favor y en contra de cualquier posición, lo que va en detrimento, como en tantos otros casos, de la tan necesitada seguridad jurídica.

### 2.2.3 Legitimación activa y caducidad

La legitimación activa del impugnante se encuentra regulada en el artículo 140<sup>23</sup> de la LGS. Puesto que la norma en cuestión resulta bastante clara en cuanto a sus alcances, lo relevante para los efectos del análisis que realizamos es tener presente que, a diferencia de la acción de nulidad, únicamente los accionistas son los legitimados para interponer una acción de impugnación.

Por su relación y comparación con la acción de nulidad, cabe también tener en cuenta que, a diferencia de esa acción, el artículo 142<sup>24</sup> de la LGS establece plazos de caducidad relativamente cortos para la interposición de la acción de impugnación. Por tanto, y nuevamente por la duplicidad de causales (de nulidad e impugnación) establecidas por la LGS, consideramos que ante un acuerdo pasible del inicio tanto de una acción de impugnación como de una de nulidad, el accionista podrá optar por una o por otra, de conformidad con los plazos de caducidad de cada una de ellas.

### 2.2.4 Condición del impugnante

El artículo 144<sup>25</sup> de la LGS es, a nuestro concepto, una norma bastante discutible en cuanto a los requisitos que se deben tener para mantener la condición de impugnante.

Las principales disposiciones del artículo en cuestión se refieren a: (i) la necesidad de que en el caso de una impugnación judicial, el impugnante mantenga la

condición de accionista durante todo el proceso; (ii) la prohibición de que de manera voluntaria el impugnante transfiera toda o parte de sus acciones mientras dure el proceso de impugnación, bajo pena de que el proceso quede extinguido con respecto a él.

El primero de los requisitos nos suscita una pregunta fundamental, ¿qué pasa si se está ante una impugnación por la vía arbitral en lugar de la judicial? Como se ha podido observar, el artículo 144 de la LGS establece la necesidad de mantener la condición de accionistas durante todo el proceso con relación al *accionista que impugne judicialmente* un acuerdo de junta general de accionistas. Creemos que en este caso se trata de un simple olvido del legislador, habida cuenta que el artículo 48<sup>26</sup> de la LGS establece la improcedencia de las acciones judiciales contempladas en esa norma, cuando existe un convenio arbitral. En consecuencia, opinamos que incluso en el caso de impugnaciones arbitrales, el impugnante debe mantener la condición de accionistas durante todo el proceso.

La segunda de las exigencias contenidas en el artículo 144 nos parece, por decir lo menos, inconveniente. Como es conocido, un proceso (especialmente judicial) de impugnación de acuerdos puede durar varios años en nuestro país, por lo que la prohibición de transferir impone a nuestro juicio una limitación exagerada al derecho de propiedad del accionista. Yéndonos al extremo, podría darse el caso que el único patrimonio del accionista impugnante sea las acciones de las que es propietario en la sociedad cuyo acuerdo es impugnado y, por tanto, la única forma de sufragar los costos legales de la impugnación sea la venta de parte de sus acciones. De acuerdo con la norma analizada, el accionista estaría condenado a no impugnar el acuerdo que lesiona los intereses sociales, por falta de recursos.

Pero dejando de lado el ejemplo (de laboratorio) señalado en el párrafo anterior, no encontramos ninguna racionalidad a que se restrinja en forma tan extrema el derecho de propiedad del impugnante. Una solución intermedia más razonable hubiese sido, por ejemplo, establecer la necesidad de mantener durante todo el proceso al menos un determinado número o porcentaje de las acciones, para así evitar que se recurra a medidas cuasi fraudulentas con la finalidad de

<sup>23</sup> Artículo 140 de la LGS.- La impugnación prevista en el primer párrafo del artículo anterior puede ser interpuesta por los accionistas que en la junta general hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, por los accionistas ausentes y por los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto. En los casos de acciones sin derecho a voto, la impugnación sólo puede ser interpuesta respecto de acuerdos que afecten los derechos especiales de los titulares de dichas acciones.

<sup>24</sup> Artículo 142 de la LGS.- La impugnación a que se refiere el artículo 139 caduca a los dos meses de la fecha de adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta; a los tres meses si no concurrió; y tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del siguiente a la inscripción.

<sup>25</sup> Artículo 144 de la LGS.- El accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo de la junta general deberá mantener su condición de tal durante el proceso, a cuyo efecto se hará la anotación respectiva en la matrícula de acciones. La transferencia voluntaria, parcial o total, de las acciones de propiedad del accionista demandante extinguirá, respecto de él, el proceso de impugnación.

<sup>26</sup> Artículo 48 de la LGS.- No procede interponer las acciones judiciales contempladas en esta ley o en las de aplicación supletoria a ésta cuando exista convenio arbitral obligatorio contenido en el pacto social o en el estatuto que someta a esta jurisdicción resolver las discrepancias que se susciten (...).

mantener, formalmente, el interés para obrar, como lo sería la transferencia de todas, menos una, de sus acciones con la exclusiva finalidad de mantener la condición de accionista e impugnante.

## 2.2.5 Suspensión del acuerdo

De conformidad con el artículo 145<sup>27</sup> de la LGS, el juez que conoce de una impugnación podrá, mas no estará obligado, disponer la suspensión de un acuerdo impugnado si es que ésta es solicitada por accionistas que representan más del veinte por ciento del capital suscrito.

Esta disposición merece a nuestro parecer dos comentarios. En primer lugar, debe notarse que la norma exige que el pedido de suspensión sea efectuado por accionistas que representen al menos el *veinte por ciento del capital suscrito*. Esta regla modifica en general la regla de cómputo de porcentajes que como regla mayoritaria se ha establecido en la LGS: esto es el cómputo por determinado porcentaje de acciones suscritas con derecho a voto. Por tanto, en las sociedades que cuenten con acciones sin derecho a voto, este requisito va a significar tener que contar con un porcentaje de acciones suscritas con derecho a voto superior al veinte por ciento.

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

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

Por otro lado, y sin perjuicio de lo señalado anteriormente, consideramos que no resulta razonable ni conveniente que se hubiese establecido de manera general para la sociedad anónima un único porcentaje para poder solicitar la suspensión de un acuerdo, sin tener en consideración las formas especiales de la sociedad anónima: la sociedad

anónima cerrada y la sociedad anónima abierta. En particular, consideramos que la exigencia del veinte por ciento resulta en extremo elevada para el caso de la sociedad anónima abierta, que por lo general cuenta con cientos o miles de accionistas, y en las que es extraño encontrar, aparte de los grupos de control, a accionistas con ese porcentaje de participación en el capital social.

## 2.3 Nulidad de acuerdos de junta general de accionistas

### 2.3.1 Causales de nulidad de un acuerdo de junta general de accionistas

De acuerdo al artículo 150 de la LGS se puede solicitar la nulidad de un acuerdo de junta general de accionistas que: (i) sea contrario a normas imperativas; o (ii) incurra en causales de nulidad previstas en la LGS o en el Código Civil. Veamos a continuación cada uno de estos supuestos.

#### 2.3.1.1 Acuerdos contrarios a normas imperativas

Consideramos que este supuesto es bastante claro y de alguna manera ya ha sido tratado al analizar el caso de la impugnación de acuerdos cuyo contenido es contrario a la LGS. Cualquier acuerdo contrario a normas imperativas puede ser objeto de una acción de nulidad. A manera de ejemplo, será nulo un acuerdo que fije en dos el número de miembros de un directorio, cuando el artículo 155 de la LGS establece que en ningún caso el número de directores será menor de tres. Pero, como ya se ha señalado, un acuerdo de este tipo también podría ser objeto de una acción de impugnación por cuanto el contenido mismo del acuerdo es contrario a la LGS.

Teniendo en cuenta la falta de claridad y sistemática de la LGS sobre este punto, opinamos que ante una situación de este tipo, quien cuestione un acuerdo social de esta naturaleza podrá optar por cualquiera de ambas acciones (impugnación o nulidad), no obstante lo cual, ante la oscuridad de nuestras normas, existe la posibilidad de que en un caso concreto el juzgador pueda tener un criterio distinto. Nuevamente, la falta de claridad y/o dualidad de nuestras normas van en contra de la seguridad jurídica.

#### 2.3.1.2 Causales de nulidad previstas en la LGS o en el Código Civil

Preferimos no hacer mayor comentario en lo que se refiere a las causales de nulidad reguladas en el artículo 219 del Código Civil; bastando con tener presente que se puede solicitar la nulidad de un acuerdo de junta

<sup>27</sup> Artículo 145 de la LGS.- 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. El juez debe disponer que los solicitantes presten contracautela para resarcir los daños y perjuicios que pueda causar la suspensión.

general de accionistas por alguna de las causales contempladas en el referido artículo 219.

No obstante, la segunda parte (referida a la existencia de otras causales de nulidad previstas en la LGS) sí resulta relevante y no exenta de problemas, puesto que, como se ha visto, algunas causales de nulidad previstas en la LGS pueden entrar en conflicto con la regulación sobre impugnación de acuerdos a la que se refiere el artículo 139 de la LGS.

### 2.3.2 Norma general sobre nulidad prevista en el artículo 38 de la LGS

Como se ha podido observar, la regulación de la impugnación y nulidad de acuerdos no es lo clara que querríamos y, nuevamente, puede prestarse a distintas interpretaciones y confusiones. Pero el problema no termina aquí. Como elemento adicional de confusión, tenemos el artículo 38<sup>28</sup> de la LGS, que regula de manera general la nulidad de acuerdos societarios.

Como aspecto preliminar debemos tener en cuenta dos elementos: (i) el artículo 38 se encuentra dentro del Libro Primero de la LGS referido a las “Reglas aplicables a todas las sociedades”, por lo que resultaría de aplicación directa a la sociedad anónima; y (ii) el artículo 150 establece de manera expresa que procede acción de nulidad para invalidar, entre otros, los acuerdos que incurran en causales de nulidad previstas en la LGS; consecuentemente es posible interpretar que cabría solicitar la nulidad de un acuerdo de junta general por cualquiera de las causales contempladas en el artículo 38.

Creemos que no es necesario realizar un análisis punto por punto, ya que la dualidad surge de una simple lectura de los artículos 38, 139 y 150. A manera de ejemplo cabe simplemente señalar que, por remisión del artículo 150 serán considerados también nulos los acuerdos contrarios al pacto social o al estatuto; así como los que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas. Es sencillo observar que éstas son causales típicas de impugnación (y por tanto reservadas a los accionistas) conforme al artículo 139. Queda la alternativa de considerar que, por ser una norma especial, deben considerarse únicamente las causales de nulidad reguladas en el artículo 150, pero esta interpretación podría chocar con el propio texto del artículo 150, que de manera general remite a cualquier norma de la LGS que prevea causales de nulidad (incluido por supuesto el artículo 38).

Por lo señalado en los párrafos anteriores, consideramos que existe un evidente error de sistemática jurídica, que ha generado la posibilidad de que un mismo supuesto pueda ser considerado como causal de impugnación y nulidad al mismo tiempo, así como que tenga distintos plazos de caducidad y distintos sujetos activos facultados para iniciar ambos tipos de acción. Nuevamente, la regulación de nuestra LGS genera inseguridad jurídica, al momento de tener que decidir por qué tipo de acción optar.

## III. CUESTIONAMIENTO DE ACUERDOS ADOPTADOS POR EL DIRECTORIO

### 3.1 Posibilidad de cuestionar acuerdos adoptados por el directorio

A diferencia de lo que ocurre en el caso de los acuerdos de la junta general de accionistas, la LGS no contiene ninguna norma específica que regule la forma en la que deben ser cuestionados los acuerdos adoptados por el directorio.

Ante la falta de regulación específica, resulta de aplicación el anteriormente citado artículo 38 de la LGS, que de manera general establece la posibilidad de solicitar la impugnación de acuerdos societarios.

### 3.2 Causales de nulidad

De la lectura del artículo 38 de la LGS se puede deducir que podrá solicitarse la nulidad de cualquier acuerdo societario (incluidos los adoptados por el directorio): (i) adoptado con omisión de las formalidades de publicidad prescritas; (ii) contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres; (iii) contrario a las estipulaciones del pacto social o del estatuto; o (iv) que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios.

No es difícil apreciar que, imputando la consecuencia de la “nulidad”, el artículo 38 de la LGS no hace otra cosa que recoger, ampliar o modificar las causales de impugnación o nulidad contempladas en los artículos 139 y 150 de la LGS, lo que demuestra una vez más la falta de coherencia y uniformidad de la LGS en el tratamiento de la materia del cuestionamiento de acuerdos societarios.

De acuerdo a lo anterior (aunque como se ha visto, en muchos aspectos la situación no es distinta a la existente

<sup>28</sup> Artículo 38 de la LGS.- Son nulos los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios. Son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias. La nulidad se rige por lo dispuesto en los artículos 34, 35 y 36, salvo en cuanto al plazo establecido en el artículo 35 cuando esta ley señale expresamente un plazo más corto de caducidad.

para el caso de la impugnación de acuerdos de junta general), las causales de nulidad son variopintas, lo que no hace más que poner en duda la racionalidad de que, en la parte correspondiente a la junta general de accionistas, el legislador, con otro criterio, haya distinguido tan “claramente” entre causales de impugnación y nulidad.

### 3.3 Legitimidad activa

Si bien el artículo 38 no establece de manera directa quiénes se encuentran legitimados para interponer la acción de nulidad allí regulada, este artículo remite a los artículos 34, 35 y 36 de la LGS, por lo que éstos resultan de aplicación al caso en cuestión.

Al respecto, resultaría de aplicación, por remisión, lo dispuesto por el artículo 35<sup>29</sup>, pudiendo iniciar la correspondiente acción cualquier persona con legítimo interés.

### 3.4 Plazo para solicitar la nulidad

Como se ha señalado anteriormente, por remisión del artículo 38, lo establecido en este artículo se rige, entre otros artículos, por lo dispuesto en el artículo 35 de la LGS.

Si bien este artículo establece un plazo de caducidad de dos años para solicitar la nulidad del pacto social, la

aplicación de esta norma para el caso de la solicitud de nulidad de un acuerdo de directorio presenta varios problemas.

En primer lugar, el artículo 35 establece un plazo dos años contando a partir de la inscripción (en ese caso) de la escritura pública de constitución. No obstante, en el caso del directorio, la mayoría de los acuerdos adoptados por dicho órgano social no dan origen a una escritura pública, por lo que la aplicación directa de esa norma trae ciertos problemas de interpretación. Para señalar sólo algunos casos: ¿cuál será el plazo para solicitar la nulidad en caso de acuerdos no inscribibles?; ¿qué ocurre si se trata de un acuerdo inscribible, pero que no requiere de escritura pública? Estas solas preguntas dejan en claro que la remisión del artículo 38 deja muchos temas por resolver. Hubiese sido mucho mejor que se establezca para esos casos plazos de impugnación más claros, como los regulados para el caso de la impugnación de acuerdos de junta general de accionistas en el artículo 142 de la LGS.

Por otro lado, también queda la duda de si tiene lógica (asumiendo que el legislador quiso de manera consciente remitir el tema de los plazos al artículo 35) establecer un plazo de caducidad tan largo (dos años contados a partir de un supuesto no especificado), cuando en el caso de la impugnación o nulidad de acuerdos de junta general de accionistas los plazos son bastante más cortos.

<sup>29</sup> Artículo 35 de la LGS.- La demanda de nulidad del pacto social, se tramita por el proceso abreviado, se dirige contra la sociedad y sólo puede ser iniciada por personas con legítimo interés. La acción de nulidad caduca a los dos años de inscrita la escritura pública de constitución en el Registro.