

## ¿Cabe la impugnación y/o la nulidad de los acuerdos de directorio? A propósito del debate en el Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial 2013

Daniel **ECHAIZ MORENO\***

### MARCO NORMATIVO

- **Constitución:** art. 2 inc. 24 acáp. a).
- **Código Civil:** art. IV.
- **Código Procesal Civil:** art. 673.
- **Ley General de Sociedades, Ley N° 26887 (09/12/1997):** arts. 8, 35, 38, 49, 51, 77, 115, 139, 143, 145, 150, 152, 154, 177, 187 y 190.

### I. EL PLENO JURISDICCIONAL

El Pleno Jurisdiccional es la reunión de magistrados de la misma especialidad, de una, algunas o todas las Cortes Superiores de Justicia del país –pudiendo ser nacional, regional o distrital, según dispone el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-93-JUS–, cuya finalidad es analizar situaciones problemáticas relacionadas al ejercicio de la función jurisdiccional, a efectos que, mediante su debate y posteriores conclusiones, se determine el criterio más apropiado para cada caso concreto.

Así, en un Pleno Jurisdiccional se examinan problemas, se intercambian opiniones y experiencias, se debaten propuestas y se alcanzan conclusiones respecto a cuestiones relacionadas al ejercicio especializado de la función jurisdiccional. Su propósito es procurar unidad en los criterios para lograr una jurisprudencia uniforme que haga previsible las decisiones judiciales y proporcione seguridad jurídica a la sociedad. La celebración de estas reuniones

*El autor sostiene que los acuerdos del directorio deben cuestionarse vía la nulidad, mas no mediante la impugnación, ello conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley General de Sociedades que regula la nulidad de los acuerdos societarios en general, no siendo aplicables los artículos 139 y 150 de la mencionada norma, que se refieren a la impugnación y la nulidad de los acuerdos de la junta general de accionistas, respectivamente. En tal sentido, expone las razones por las que discrepa de la conclusión plenaria que se adoptó al respecto en el Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial 2013.*

TEMA RELEVANTE

está precedida de un conjunto de labores, a cargo de los mismos magistrados, cuyo objetivo es identificar los temas importantes o problemáticos que requieren la atención de los jueces, el acopio de la jurisprudencia vinculada a ellos y la selección de la literatura sobre el particular<sup>1</sup>. En este sentido, los objetivos del Pleno Jurisdiccional son los siguientes:

- a) Lograr la predictibilidad de las resoluciones judiciales mediante la unificación de criterios jurisprudenciales de los magistrados de las distintas especialidades integrantes de las Cortes Superiores de Justicia de la República, para evitar fallos contradictorios en aras de reducir el margen de inseguridad jurídica.

\* Doctorando en Derecho y Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado *summa cum laude* por la Universidad de Lima. Socio fundador de Echaiz Abogados. Presidente de la Comisión Consultiva de Derecho Empresarial del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Catedrático de la Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y Universidad San Ignacio de Loyola. Miembro asociado del Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Investigador académico del Instituto Argentino de la Empresa Familiar.

1 Cfr. Plenos Jurisdiccionales. Lima, Centro de Investigaciones del Poder Judicial, s/f, p. 2.

- b) Mejorar la calidad del servicio de impartición de justicia, atendiendo eficaz y eficientemente los procesos judiciales, que redunde en la disminución de la carga procesal de los juzgados y las salas especializadas del país.
- c) Promover la capacitación constante de los magistrados de la República, mediante la implementación de talleres, conferencias magistrales y charlas en los eventos a organizarse.
- d) Difusión de los Acuerdos Plenarios a nivel nacional mediante la publicación de los mismos, bajo la coordinación de la Comisión de Magistrados correspondiente y el Centro de Investigaciones Judiciales.
- e) Mejorar el nivel de confianza ciudadana en el sistema de administración de justicia.

Si bien los acuerdos adoptados en el Acta de Sesión Plenaria carecen de fuerza vinculante para la resolución de un caso en particular, sin embargo, orientan a los magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional, lo cual promueve la predictibilidad de las resoluciones judiciales.

## II. EL PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL COMERCIAL 2013

El 27 y 28 de setiembre de 2013 se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial 2013, organizado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, el Centro de Investigaciones Judiciales y la Corte Superior de Justicia de Piura, el mismo que se realizó en la ciudad de Piura y en el cual participaron los jueces superiores competentes en materia comercial de las 31 Cortes Superiores de Justicia. Se abordaron cuatro temas:

- a) Determinación de la vía procesal para sustanciar las solicitudes

de incautación judicial de bienes muebles, afectos a la garantía mobiliaria, a cargo de Héctor Lama More, Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima.

- b) Cierre de cuenta corriente y la letra de cambio a la vista emitida en virtud al artículo 228 de la Ley N° 26702, a cargo de Rolando Castellares Aguilar, docente universitario.
- c) Nulidad e impugnación de acuerdos en la Ley General de Sociedades, a cargo del suscrito.
- d) Garantías reales, a cargo de Martín Hurtado Reyes, Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Específicamente en la materia para la que fuimos convocados, la Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial trabajó el Tema N° 3 del siguiente modo:

### - **Formulación del problema**

¿Resulta procedente la pretensión de impugnación o de nulidad de acuerdos de directorio?

### - **Primera ponencia**

La Ley General de Sociedades no ha regulado la impugnación o nulidad de los acuerdos de directorio. Ello resulta natural en razón de que cualquier decisión del directorio puede ser ratificada o dejada sin efecto por la junta general de accionistas; refuerza esta posición el hecho que la ley no regula plazo alguno para tales cuestionamientos, ni prevé causales para ello. En consecuencia, no resulta procedente la citada pretensión.

### - **Segunda ponencia**

Si bien la Ley General de Sociedades no prevé este tipo de

pretensiones, sin embargo no la prohíbe; en consecuencia, tal pretensión sería viable si no existe posibilidad alguna que la junta de socios pueda pronunciarse sobre los cuestionamientos –impugnación o nulidad– de algún socio contra las decisiones del directorio que afectan a la sociedad o a los derechos de los socios. Sería de aplicación la regla general prevista en los artículos 38 y 49 de la Ley General de Sociedades. En consecuencia, sí resulta procedente la impugnación o nulidad de acuerdos de directorio.

### - **Fundamentos**

En muchos procesos presentados en sede comercial, se ha pretendido la impugnación –o nulidad– de acuerdos de directorio; la respuesta ha sido variada. En su mayoría han sido declaradas improcedentes dichas demandas por no encontrarse regulada en la Ley General de Sociedades; sin embargo, existe [otra] posición que sostiene que con ello se afecta el derecho de tutela judicial efectiva del accionista impugnante, sobre todo en aquellas sociedades donde los grupos societarios tienen divididas las acciones a razón de 50% cada uno y en la junta de accionistas no pueden llegar a ningún acuerdo. No obstante subsiste la preocupación de las reglas que resulta aplicables, en el sentido que, no existiendo regulación, deberían aplicarse las mismas que se aplican para la impugnación o nulidad de junta de accionistas.

A partir del documento elaborado por la Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial respecto al Tema N° 3, que hemos transcrito en las líneas precedentes, efectuamos

nuestra ponencia en los términos que seguidamente expondremos.

### III. LA ORGANIZACIÓN CORPORATIVA DE LA SOCIEDAD

La sociedad es un ente individualizado (tiene vida propia), es distinta a los miembros que la conforman (es persona jurídica y, por ende, constituye un sujeto de derecho), tiene un cuerpo orgánico (de ahí su organización corporativa) y se gobierna a través de sus órganos societarios (surgiendo así el concepto de gobierno corporativo). Respecto a estos últimos (entiéndase: junta de socios, directorio y gerencia) hay que indicar que, en el correcto ejercicio de sus atribuciones, expresan la voluntad social que procura satisfacer el interés social, el mismo que se encuentra por encima del interés de los socios y de los terceros; dicho interés social se satisface con el cumplimiento estricto de la ley, el pacto social y el estatuto social.

En ocasiones se produce un enfrentamiento entre el interés social y el interés de los socios y/o de los terceros, siendo que los órganos societarios (y los jueces, los registradores y los árbitros, de ser el caso) deben ponderarlos y preferir el primero de

ellos; a modo de ejemplo podemos citar el artículo 8 de la Ley General de Sociedades, aprobada mediante Ley N° 26887, que en su segundo párrafo indica en relación a los convenios parasocietarios: “Si hubiera contradicción entre alguna estipulación de dichos convenios y el pacto social o el estatuto, prevalecerán estos últimos (...)”.

**“Cuando los órganos societarios trasgreden con su irregular actuación el interés social entonces sus actos y/o acuerdos son pasibles de ser cuestionados, vía nulidad o impugnación, según sea el caso, empero sin olvidar el principio de conservación de los negocios jurídicos, que goza de especial significación en el ámbito empresarial por cuestiones de seguridad jurídica.”**

Cuando los órganos societarios trasgreden con su irregular actuación el interés social, entonces sus actos y/o acuerdos son pasibles de ser cuestionados, vía nulidad o impugnación, según sea el caso<sup>2</sup>, empero sin olvidar el principio de conservación de

los negocios jurídicos, que goza de especial significación en el ámbito empresarial por cuestiones de seguridad jurídica. Así, el desmoronamiento del acto o acuerdo societario debe ser la última ratio, si es que puede conservarse, confirmarse o subsanarse el cuestionado negocio jurídico.

Los conceptos anteriormente expuestos resultan fundamentales para comprender el cuestionamiento de los actos y/o acuerdos societarios, ya que al ubicarnos en el terreno del Derecho Societario hay conceptos (como la nulidad y la impugnación) que no calzan exactamente en la presentación que de ellos efectúa

el Derecho Civil y, por consiguiente, no pueden soslayarse.

### IV. EL CUESTIONAMIENTO DE LOS ACTOS Y/O ACUERDOS SOCIETARIOS

La Ley General de Sociedades prevé en su artículo 38 (ubicado sistemáticamente en el Libro Primero titulado “Reglas aplicables a todas las sociedades”) una regulación genérica para el cuestionamiento de los acuerdos societarios (por ejemplo: adoptados por el directorio), a través de la “nulidad de acuerdos societarios”, según la cual son nulos los acuerdos societarios: a) adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, b) contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, c) contrarios a las estipulaciones del pacto social o del estatuto social, d) que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios, y e) adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto social, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto o el estatuto social.

De manera específica y restringiéndose a la sociedad anónima, el cuestionamiento de los acuerdos de la junta general de accionistas se materializa a través de la “impugnación”, contemplada en los artículos 139 y 143 de la Ley General de Sociedades<sup>3</sup>, y la “nulidad”, regulada en el artículo 150 del mismo texto legal (todos ellos ubicados sistemáticamente en el Libro Segundo titulado “Sociedad anónima”)<sup>4</sup>.

2 Cfr. VEGA VELASCO, Jorge. “Impugnación y nulidad de acuerdos societarios”. En: *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo I: Derecho Societario, Instituto Peruano de Derecho Mercantil y Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2003, pp. 525-526.

3 Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. “La impugnación de los acuerdos de la junta general de socios. Análisis jurisprudencial”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 147, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2013, pp. 13-27.

4 Desde otra perspectiva, para Enrique Elías Laroza, “la LGS [refiriéndose a la Ley General de Sociedades] contempla tres procesos de impugnación de acuerdos societarios: el que se tramita como proceso abreviado, el que se lleva a cabo por la vía del proceso sumarísimo y aquel que utiliza el proceso de conocimiento. El primero puede ser ejercido en los casos previstos en el artículo 139 de la LGS, el segundo corresponde a los casos de defectos en la convocatoria y en el quórum, contemplado en el artículo 143. El tercero corresponde a cualquier persona que tenga legítimo interés, de conformidad con el artículo 150 de la LGS”. ELÍAS LAROZA, Enrique. *Ley General de Sociedades Comentada*. Fascículo Tercero, Normas Legales, Trujillo, junio de 1998, p. 295.

La impugnación de acuerdos de la junta general de accionistas procede cuando: a) su contenido sea contrario a la Ley General de Sociedades, b) su contenido se oponga al estatuto social o al pacto social, c) su contenido lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, d) incurran en causal de anulabilidad prevista en la ley, e) incurran en causal de anulabilidad prevista en el Código Civil, f) se sustente en defectos de convocatoria y g) se sustente en falta de quórum. Por su parte, la nulidad de acuerdos de la junta general de accionistas será viable respecto a acuerdos: a) contrarios a normas imperativas, b) que incurran en causales de nulidad previstas en la Ley General de Sociedades, y c) que incurran en causales de nulidad previstas en el Código Civil.

Por consiguiente, a la luz de lo previsto en la normativa societaria, cabe la posibilidad de cuestionar genéricamente los acuerdos societarios, vía la nulidad, prevista en el artículo 38, así como también de cuestionar específicamente los acuerdos de la junta general de accionistas, vía la impugnación y la nulidad, previstas en los artículos 139 y 143 (en el primer caso) y 150 (en el segundo caso). Cabe precisar que, de acuerdo al artículo 151 de la Ley General de Sociedades, “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 las mencionadas en los artículos 139 y 150”.

## V. LA LÓGICA SOCIETARIA

El Derecho se funda en la lógica y, en ese sentido, el Derecho Societario no puede ser ajeno a dicho análisis lógico.

La estructura de gobierno de la sociedad está conformada, fundamentalmente, por tres estamentos: la junta general de socios (que representa la propiedad), el directorio (que representa la administración) y la gerencia (que representa la gestión). Nuestra Ley General de Sociedades confunde estos dos últimos aspectos cuando en su artículo 152 prescribe: “La administración de la sociedad está a cargo del directorio y de uno o más gerentes (...)”.

Los socios gozan de un tradicional beneficio, que ha catapultado a la sociedad anónima a su indiscutible éxito en el mundo de los negocios: la responsabilidad limitada. Esta hace que el socio no responda en forma personal por las deudas sociales, al encontrarse limitada su responsabilidad al monto de su aporte, tal como lo estipula el artículo 51 de la Ley General de Sociedades, cuando dice: “[los accionistas] no responden personalmente de las deudas sociales”.

A diferencia de los socios<sup>5</sup>, los directores y gerentes sí asumen responsabilidad personal, ilimitada y solidaria en cuanto a su actuación en la sociedad, lo que se aprecia a lo largo del texto societario; para muestra basta acudir al primer párrafo del artículo 177 de la Ley General de Sociedades donde se lee: “Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen

por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave”, o al primer párrafo del artículo 190 de la misma norma societaria que estipula: “El gerente responde ante la sociedad, los accionistas y terceros, por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave”.

Hasta aquí tenemos una clarísima diferenciación entre, por un lado, los socios y, por otro, los directores y los gerentes, en cuanto a su responsabilidad: limitada para los socios, e ilimitada para los directores y los gerentes. Resulta menester compensar **la carga** que deben soportar estos últimos porque, de lo contrario, no habría incentivos suficientes para aceptar tales encargaturas, más aún ahora que se respiran aires de gobierno corporativo, los que conllevan a la profesionalización del directorio y la gerencia (el *management* corporativo), el logro de estándares internacionales de calidad, el acceso al mercado de valores, la internacionalización de las empresas, la incorporación de socios estratégicos, las alianzas transfronterizas, etc. Para compensar dicha carga se actúa en dos frentes: sus atribuciones y el blindaje a su actuación.

En cuanto a las atribuciones del directorio y la gerencia no cabe duda que, actualmente, dichos órganos societarios cuentan con una participación más activa que la junta general de socios –como debe ser, pues se encargan de la administración y la gestión–. Bajo este orden de

5 “(...) la naturaleza de la responsabilidad será diferente (la de los accionistas es ‘extracontractual’ (...)). Cfr. MOLINA SANDOVAL, Carlos. “Nulidad de las decisiones de la asamblea y la responsabilidad de los socios en la República Argentina”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Normas Legales, Trujillo, enero-febrero de 2005, N° 60, p. 83.

ideas, la Resolución N° 240-2001-ORLC/TR dispuso que el directorio es competente para realizar no solo actos de administración, sino también actos de disposición, los que antes se creía eran de competencia exclusiva de la junta general de socios<sup>6</sup>; lo mismo ha sucedido respecto a la gerencia con la Resolución N° 040-2007-SUNARP-TR-L, aprobada como precedente de observancia obligatoria mediante la resolución del Presidente del Tribunal Registral N° 193-2012-SUNARP-PT<sup>7</sup>.

Así, en principio, la actuación de la junta general de socios se restringe únicamente a los casos contemplados en los artículos 77 (adquisiciones onerosas de bienes cuyo importe exceda del 10% del capital pagado, realizadas por la sociedad dentro de los primeros seis meses desde su constitución) y 115 inciso 5 (enajenación en un solo acto de activos cuyo valor contable exceda el 50% del capital social) de la Ley General de Sociedades. Todos los demás supuestos que no calcen en estos dos dispositivos jurídicos serán de competencia del directorio y/o la gerencia.

Respecto al blindaje de su actuación, el directorio y la gerencia podrán actuar con la tranquilidad que sus actos y/o acuerdos no serán **frenados** por la impugnación de los mismos, puesto que solo serán cuestionables vía la nulidad, claro está para los casos en que corresponda. Por el contrario, los actos y/o acuerdos de la junta general de socios podrán cuestionarse a través de la impugnación y/o de la nulidad, siendo factible incluso solicitar medidas cautelares,

como la suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado o la anotación de la demanda ante Registros Públicos, a tenor de los artículos 145 de la Ley General de Sociedades y 673 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, respectivamente. La operatividad del directorio y la gerencia en su regular actuación conlleva a eliminar las cortapisas que pudieran contrarrestar su normal desenvolvimiento. Esto de ninguna manera debe entenderse como una **patente de corso** que les permita actuar irresponsablemente sin ninguna consecuencia porque, por un lado, hemos explicado la amplísima responsabilidad (no solo civil, sino incluso penal) que asumen los directores y los gerentes y, por otro, cabe su inmediata remoción sin expresión de causa (“los directores pueden ser removidos en cualquier momento” y “el gerente puede ser removido en cualquier momento” señalan los artículos 154 y 187 de la Ley General de Sociedades, respectivamente).

## **VI. LAS PONENCIAS PARA EL PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL COMERCIAL 2013**

Como habíamos expuesto en líneas precedentes, la Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial trabajó el Tema N° 3, con base en dos ponencias, que seguidamente volveremos a citar para su correspondiente análisis jurídico.

### **- Primera ponencia**

La Ley General de Sociedades no ha regulado la impugnación

o nulidad de los acuerdos de directorio. Ello resulta natural en razón de que cualquier decisión del directorio puede ser ratificada o dejada sin efecto por la junta general de accionistas; refuerza esta posición el hecho que la ley no regula plazo alguno para tales cuestionamientos, ni prevé causales para ello. En consecuencia, no resulta procedente la citada pretensión.

### **Análisis jurídico**

**a) No es cierto** que “la Ley General de Sociedades no ha regulado la impugnación o nulidad de los acuerdos de directorio”, pues sí ha regulado (tácitamente) la nulidad de los acuerdos de directorio cuando en el artículo 38 se pronuncia diciendo “son nulos los acuerdos societarios” (primer párrafo) y “son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad” (segundo párrafo). Según un antiguo aforismo jurídico, “no cabe hacer distinciones donde la ley no distingue”, de manera tal que “los acuerdos societarios” y “los acuerdos adoptados por la sociedad” comprenderán los acuerdos adoptados en el seno de la sociedad por cualquiera de sus órganos societarios.

**b) No es cierto** que la no regulación de la impugnación o nulidad de los acuerdos de directorio resulte “natural en razón de que cualquier decisión del directorio puede ser ratificada o dejada sin efecto por la junta general de accionistas”. Si bien la junta podrá ratificar, sustituir o dejar sin efecto los acuerdos del

6 Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. “Las facultades de administración del directorio”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 152, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2006, pp. 275-280.

7 Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. “Las facultades de administración del gerente general”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2013, pp. 333-334.

directorio, ello no evita la subsistencia de dichos acuerdos frente a terceros, con la consecuente producción de efectos jurídicos; de ahí que, en ocasiones, se requiera acudir a la nulidad de los acuerdos societarios, como lo hemos explicado.

c) **No es cierto** que refuerce la antedicha posición “el hecho que la ley no regula plazo alguno para tales cuestionamientos, ni prevé causales para ello”. Si partimos de la consideración que el artículo 38 de la Ley General de Sociedades es la base normativa para la nulidad de los acuerdos de directorio entonces sí hay plazo (dos años, según el artículo 35 del mismo texto societario, al que se acude por remisión interna) y sí hay causales (adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas; contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres; contrarios a las estipulaciones del pacto social o del estatuto social; que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios; y adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto social, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto social).

#### - Segunda ponencia

Si bien la Ley General de Sociedades no prevé este tipo de pretensiones, sin embargo no la prohíbe; en consecuencia, tal pretensión sería viable si no existe posibilidad alguna que la junta de socios pueda pronunciarse sobre los cuestionamientos –impugnación o nulidad– de algún socio contra las decisiones del directorio que afectan a la sociedad o a los derechos

de los socios. Sería de aplicación la regla general prevista en los artículos 38 y 49 de la Ley General de Sociedades. En consecuencia, si resulta procedente la impugnación o nulidad de acuerdos de directorio.

#### Análisis jurídico

a) **No es cierto** que “si bien la Ley General de Sociedades no prevé este tipo de pretensiones, sin embargo no la prohíbe”. Por un lado, la norma societaria sí prevé –aunque en forma genérica y tácita– la nulidad de los acuerdos societarios, en su artículo 38, con lo que alcanza a los acuerdos de directorio. Y, por otro, la disposición del artículo 2 inciso 24 acápite a) de la Constitución Política del Perú, de acuerdo a la cual “nadie está (...) impedido de hacer lo que [la ley] no prohíbe” no la consideramos aplicable para este caso porque el sugerido **hacer** conllevaría a la impugnación y/o la nulidad de los acuerdos del directorio, no en virtud del referido artículo 38 de la Ley General de Sociedades, sino en aplicación analógica de los artículos 139 y 150 del mismo texto societario, cuando ello no es posible porque, en virtud del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, “la ley que (...) restringe derechos no se aplica por analogía”, siendo que las normas antedichas que cuestionan los acuerdos de la junta general de accionistas no podrían ser extensivos al directorio, ya que restringirían su derecho de administración de la sociedad.

b) **No es cierto** que “sería de aplicación la regla general prevista en los artículos 38 y 49 de la Ley General de Sociedades [y], en consecuencia, resulta procedente la impugnación o nulidad

de acuerdos de directorio”. El aludido razonamiento permite colegir que sí resulta procedente la nulidad de acuerdos de directorio, mas no la impugnación de estos; existe una evidente desconexión lógica en dicha conclusión que pretende fundarse en la propia disposición normativa societaria.

**El directorio y la gerencia podrán actuar con la tranquilidad que sus actos y/o acuerdos no serán frenados por la impugnación de los mismos puesto que solo serán cuestionables vía la nulidad, claro está para los casos en que corresponda. Por el contrario, los actos y/o acuerdos de la junta general de socios podrán cuestionarse a través de la impugnación y/o de la nulidad, siendo factible incluso solicitar medidas cautelares.** ”

#### VII. LA CONCLUSIÓN PLENARIA DEL PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL COMERCIAL 2013

En cuanto al Tema N° 3, *sub examine*, la conclusión plenaria fue en los siguientes términos: “El Pleno adoptó por mayoría que ‘Si bien la Ley General de Sociedades no prevé este tipo de pretensiones, sin embargo no la prohíbe, en consecuencia tal pretensión sería viable si no existe posibilidad alguna que la junta de socios pueda pronunciarse sobre los cuestionamientos –impugnación o nulidad– de algún socio contra las decisiones del directorio que afectan a la sociedad o a los derechos de los socios. Sería de aplicación la regla general prevista en los artículos 38 y 49 de la Ley General de Sociedades. En consecuencia, si resulta procedente la impugnación o nulidad de acuerdos de directorio’”.

Como se aprecia, el Pleno optó por mayoría por la segunda ponencia, siendo preciso acotar que, según

las reglas de los Plenos Jurisdiccionales, en principio debe acogerse íntegramente alguna ponencia. Por nuestra parte, discrepamos de ambas ponencias, ya que la primera ponencia concluye en que no resulta procedente ni la impugnación ni la nulidad de los acuerdos de directorio, mientras que la segunda ponencia concluye en que sí resulta procedente la impugnación o la nulidad de los acuerdos de directorio; nos reafirmamos en nuestra posición: sí resulta procedente la nulidad de acuerdos de directorio, pero no la impugnación de ellos.

### **CONCLUSIONES**

Cabe el cuestionamiento de los acuerdos del directorio vía la nulidad, mas no mediante la impugnación, sustentándose en el artículo 38 de la Ley General de Sociedades (que regula la nulidad de los acuerdos societarios, en general) y no siendo aplicables los artículos 139 y 150 del mismo texto societario (referidos a la impugnación y la nulidad de los acuerdos de la junta general de accionistas, respectivamente). En ese sentido, discrepamos de la conclusión plenaria en la materia examinada.

La lógica societaria de nuestra posición radica en que los socios gozan de responsabilidad limitada y no responden personalmente por las deudas sociales, mientras que los directores y los gerentes responden en forma personal, ilimitada y solidaria en cuanto a su actuación societaria. El contrapeso a dicha situación es la amplitud de atribuciones del directorio y la gerencia (que les permite realizar actos de administración e, incluso, de disposición) y el blindaje de su actuación (que prescinde de la impugnación, para quedarse con la nulidad y, claro está, la remoción).