

LA NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LOS ACTOS SOCIETARIOS

Por: Ab. Carol Geiger

CONSIDERACIONES GENERALES

1.1 Las disposiciones legales pertinentes del Código Civil, son las siguientes:

"Art. 1724: Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.-

La nulidad puede ser absoluta o relativa.-

Art. 1725: La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas o los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Art. 1726: La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; **puede** alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato,- sabiendo o debiendo saber el vicio, que lo invalidaba; puede asimismo pedirse por el Ministerio Público, en interés de la moral o de la Ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años.-

Art. 1727: La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse por el Ministerio Público en solo interés de la Ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las Leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el transcurso de tiempo o por la ratificación de las partes....."

1.2. El Art. primero de la Ley de Compañías dispone:

"Contrato de compañías es aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades.

Este contrato se rige por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil".

En consecuencia, por disposición legal expresa, las disposiciones contenidas en el Código Civil, se aplican en forma subsidiaria en materia societaria.

Mariano Galiardo, en "Reflexiones sobre la invalidez de decisiones asamblearias de sociedades anónimas" (Jurisprudencia Argentina No. 5647 de noviembre 22 de 1989, págs. 13 y siguientes), nos dice: "De nuestra parte, entendemos que el régimen de nulidades del régimen de sociedades debe ser analizado desde la óptica de las categorías o clasificaciones que contempla la Ley Civil".

Más adelante el mismo autor manifiesta:

"Las variantes que pueden suscitarse entre la nulidad o validez de un acto societario, controvertidas ellas, paulatinamente se encauzan hacia la adopción del criterio de la Ley Civil en cuanto fuere compatible con la Ley 19.550" (la ley societaria argentina).

1.3. Arturo Alessandri Besa, en su obra "La Nulidad y la Rescisión en el Código Civil Chileno", tomo I, segunda edición, pág. 33 (número 38), manifiesta:

"Otros actos bilaterales.- Para terminar todo lo relativo a la aplicación de las reglas de la nulidad civil a las convenciones que no constituyen contratos, se puede afirmar que las reglas de la nulidad civil se aplican a toda clase de acuerdos entre partes, estén o no regidos por el Código Civil, y así pueden declararse nulos acuerdos tomados en junta general de accionistas, en los que se dispuso que la repartición de los bienes sociales se hiciera sin tasación, o en que se decidió la liquidación de la sociedad antes del plazo; acuerdos tomados en juicios de aguas, etc".

El mismo autor, en la página 399 de la misma obra (Nro. 443) explica:

"No cabe duda que la voluntad en los actos unilaterales, y el consentimiento en aquellos que requieren de dos o más voluntades, es un requisito que la Ley exige para el valor del acto o contrato en atención a su natura-

leza, a su carácter de negocio jurídico voluntario, que no puede llegar a producir efectos jurídicos sin una manifestación de voluntad. La falta **de** consentimiento produce nulidad absoluta, en conformidad a lo dispuesto en la segunda parte del inciso primero del artículo 1682" (Art. 1725 del Código Civil Ecuatoriano), "por ser un requisito exigido por la ley **en consideración** a la naturaleza misma del acto y no en atención a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan".

En la página 440 de la misma obra, el autor nos cita un fallo de la Corte Suprema Chilena en que la misma declaró la nulidad de los actos en que uno o más de los coasignatarios no consintieron por no haber sido **debidamente** representados, estimando "que tales actos son nulos debido a que no concurrieron a su celebración la totalidad de los comuneros que tenían interés en el haber común".

- 1.4. Sin solución definitiva sigue la discusión sobre la inexistencia o nulidad de los actos jurídicos; significativo es lo resuelto por la Corte de Casación Colombiana en sentencia de septiembre 15 de 1943 (Jorge Ortega Torres, Código Civil, Bogotá 1973, pág. 22):

"Si la doctrina considera en abstracto el fenómeno de la inexistencia, es únicamente desde el punto de vista de la nulidad, como ha tenido ocasión de precisarlo la sala de casación en fallos diferentes. Y es que efectivamente la expresión contrato inexistente es en si misma contradictoria. Y lo es, porque el concepto contrato enuncia la existencia de un ente, o una realidad jurídica creada, que puede ser viciosa o en todo caso existente, es **decir**, enuncia una determinada relación con el atributo propio de los entes. En cambio, el calificativo inexistente, es la negación misma del ente; y una cosa no puede ser, y no ser, vale decir, no puede ser ente y no serlo al mismo tiempo. En rigor, prácticamente hablando, el problema de si cabe o no pensar en inexistencia, es del todo inoficioso, puesto que, aún optando por la afirmativa, ello es que la ley no ofrece casilla especial para tal fenómeno ni le establece tratamiento singular y precisamente, por lo mismo, los casos de esa índole van a dar a la nulidad absoluta, que si es fenómeno reconocido y reglamentado por la ley. Por tanto, piénsese sobre eso lo que se quiera, en lo judicial se les ha de colocar en concepto de nulidad absoluta, lo que los deja en situación o calidad de cuestiones meramente metafísicas, sin trascendencias o sentido práctico, por interesantes que sean de suyo".-

En resumen, la Corte de Casación Colombiana opina que si se discute sobre la inexistencia o nulidad de un acto, siempre existe algo, por lo que no puede hablarse de inexistencia.-

Formulo la pregunta: ¿Si algunas personas se reúnen, y, sin ser socios de determinada Compañía Limitada, celebran una junta general de la misma,

existe o no existe tal junta? En mi opinión existe un papel, pero no existe ninguna junta general de aquella compañía.

II. Nulidad y anulabilidad del acto constitutivo de la compañía.

Varias pueden ser las causas que afecten de nulidad absoluta a un acto constitutivo de una Compañía sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías; trataré aquí de un ejemplo de nulidad absoluta:

II.1. El Art. 102 de la Ley de Compañías, dispone que "las personas comprendidas en **el** Art. 7 del Código de Comercio no podrán asociarse en esta clase de compañías".

El ordinal tercero del Art. 7 del Código de Comercio dispone que no pueden comerciar "los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación".

El Art. 157 de la Ley de Compañías prevé para la Compañía Anónima que "para intervenir en la formación de una Compañía Anónima en calidad de promotor o fundador se requiere de capacidad civil para contratar". El Art. 523 del Código de Procedimiento Civil dispone que "el fallido queda de hecho en interdicción de administrar bienes".

En consecuencia, el quebrado o declarado insolvente, no tiene capacidad para intervenir en la fundación de una compañía, y si lo hace, el contrato está viciado de nulidad absoluta, por tratarse de una persona absolutamente incapaz.

La Superintendencia de Compañías, si tiene conocimiento de tal hecho antes de dictar la resolución respectiva, está obligada a negar la aprobación de la escritura pública respectiva.

Pero en la mayoría de los casos la Superintendencia de Compañías no tiene conocimiento que determinado socio o accionista se encuentra en estado de quiebra o de insolvencia, por lo que en este caso le corresponde dictar la resolución aprobando la escritura de constitución de la compañía.

Acción de nulidad en este caso es pública; cualquier interesado o el Ministerio Público puede ejercerla" (Joaquín Rodríguez Rodríguez: Tratado de Sociedades Mercantiles, México 1971, Tomo I, Cuarta Edición, página 127).

Sin embargo, de acuerdo con nuestra Legislación, no podría proponer la acción quien ha "celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba" (Art. 1726 del Código Civil).

II.3. En el caso considerado bajo II-1, no cabe subsanación ni convalidación, no sólo por lo previsto en Art. 1726 del Código Civil, sino también por lo dispuesto en el artículo innumerado mandado agregar después del Art. 34 de la Ley de Compañías, por el artículo tercero del decreto Supremo 3135-A, publicado en el Registro Oficial 761 del 29 de Enero 1979, que en la parte pertinente, dispone: "No cabe subsanación ni convalidación en los siguientes casos: . . . Si el contrato constitutivo no se hubiere otorgado por escritura pública, o si en ésta o en la de algunos de los actos mencionados en el artículo anterior han intervenido personas absolutamente incapaces; o si las personas que han intervenido lo han hecho contraviniendo alguna prohibición legal; . . .".

II4. ¿Ante quien corresponde proponer la acción de nulidad? ¿ante el juez ordinario o ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo?

La competencia del juez ordinario alcanzaría solamente la declaración de nulidad de la escritura pública, pero no le daría la facultad de anular la resolución aprobatoria de la Superintendencia de Compañías, por lo que necesariamente la acción debe proponerse ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con lo previsto en los artículos **primero** y segundo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sin embargo, algunos juristas opinan que no procede la impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Resolución dictada por la Superintendencia de Compañías, aprobando la escritura de constitución de la compañía; fundamentan esta opinión en el inciso tercero del Art. 96 **de** la Constitución Política de la República, que dice: - "Se establece la unidad jurisdiccional. Por consiguiente, todo acto administrativo generado por **la** administración central, provincial, municipal o de cualquier entidad autónoma reconocida por la Constitución y las leyes, podrá ser impugnado ante los Tribunales Fiscal y de lo Contencioso Administrativo, en la forma que determine la ley"-. Siguen argumentando que como la Ley de Compañías, en su artículo 163 inciso tercero dispone que "la resolución en **que se** niegue la aprobación para la constitución de una compañía anónima **debe ser** motivada y de ella se podrá recurrir ante el Tribunal de lo

▮

la resolución que aprueba la constitución de la compañía, consideran que no procede recurso alguno de la resolución aprobatoria. Opino que esta argumentación no tiene fundamento alguno por las siguientes razones:

Los-artículos primero y segundo de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establecen las siguientes reglas sobre el recurso

Contendosor Administrativo :

"Art. 1o. El recurso contencioso-administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semi-públicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante.

Art. 2o. También puede interponerse el recurso contencioso-administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con esta se infringe la ley en la cual se originan aquellos **derechos**".-

El Artículo sexto de la misma Ley establece también los actos que, por excepción, no corresponden a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y **en el literal e)** exceptúa del recurso contencioso administrativo: "Las resoluciones que se dicten con arreglo a una Ley que expresamente les excluya **de la vía contenciosa**".

Como ninguna ley excluye expresamente de la impugnación ante el **Tribunal de lo Contencioso Administrativo**, las resoluciones que aprueban la **escritura de** constitución de la compañía, es evidente que dicha resolución **es impugnable** por la vía contenciosa.

11.6. La Ley No. 25 reformativa de la Ley de Compañías (Registro Oficial No. 450 de junio 4 de 1986), en su art. 16 dispuso:

"Art. 16. Después del art. 442 póngase el siguiente "Art. 422-A. El **superintendente de Compañías en** cualquier tiempo, mediante resolución, podrá dejar total o parcialmente sin efecto, las resoluciones aprobatorias dictadas por tal organismo respecto de la constitución de las compañías sujetas a su vigilancia y control, así como de cualquiera de los actos societarios mencionados en el art. 33, cuando después se comprobare que tales aprobaciones fueron el resultado directo de informaciones o declaraciones falsas o equivocadas de los fundadores promotores, socios, accionistas o administradores de dichas compañías, siempre que la falsedad o equivocación se **hubiere** detectado con posterioridad al proceso administrativo y hubiere incidido directa y definitivamente en algunos de los requisitos exigidos por la Ley para la aprobación correspondiente, de tal forma que sin tal dato o información no se habría dictado la resolución aprobatoria.

Igual disposición se aplicará también a las autorizaciones conferidas por el Superintendente de Compañías para que las sociedades extranjeras puedan operar en el Ecuador y a sus modificaciones.

El Superintendente de Compañías, si lo creyere del caso, podrá notificar el particular al Ministro Fiscal respectivo para los efectos legales pertinentes.

Esta disposición se aplicará única y exclusivamente en las condiciones y por la causal señalada en este artículo y en ningún caso por alguna otra circunstancia, siempre que no haya transcurrido un plazo mayor de quince años.

Antes de proceder de acuerdo a lo dispuesto en este artículo, el Superintendente de Compañías deberá poner en conocimiento de la compañía respectiva el vicio advertido, para que ésta lo subsane o presente sus descargos, en el plazo que le concederá.

El acto por el cual el Superintendente deje sin efecto total o parcialmente una resolución no afectará los derechos adquiridos anteriormente por terceros de buena fe y se hará saber a quienes corresponda por los mismos medios por los cuales se dio a conocer la resolución aprobatoria".

La Ley mencionada fue derogada por la ley No. 57, publicada en el Registro Oficial No. 577 de Diciembre 3 de 1986, por lo que la Superintendencia de Compañías se encuentra actualmente impedida de revocar sus propias resoluciones con las que aprobó la constitución de compañías.

11.7. PLAZO PARA LA IMPUGNACION:

Hemos visto que el Art. 1726 del Código Civil, declara que la nulidad absoluta no puede sanearse ni por un lapso que no pase de quince años, o sea habiendo pasado mas de quince años sin haberse propuesto la demanda de nulidad, debería considerarse saneada la misma; el Art. 65, inciso segundo, de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone:

"En los casos que sean materia del recurso contencioso-administrativo de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda en cualquier tiempo, sin que pueaa alegarse la prescripción atento el interés permanente del imperio de la ley".

Ante el conflicto entre la ley especial anterior (Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa publicada en el Registro Oficial No. 338 de Marzo 18 de 1968) y la Ley General posterior (Octava Edición del Código

Civil, suplemento del No. 104 del Registro Oficial del 20 de Noviembre de 1960), prevalece aquella, de conformidad con el Art. 39 del Código Civil.

Considero por lo tanto que el recurso contencioso-administrativo que impugna la resolución aprobatoria de la escritura de constitución de una compañía, basado en la nulidad absoluta, no prescribe.

II.8. NULIDAD DEL ACTO CONSTITUTIVO DE LA COMPAÑÍA, POR RAZONES ESPECIALES DEL DERECHO SOCIETARIO. El art. 171 de la Ley de Compañías, dispone:

"Es nula la compañía y no produce efecto ni aun entre los asociados si se hubiere infringido en su constitución cualquiera de las prescripciones de los Arts. 159, 163 y 174. En el caso de constitución por suscripción pública también producirá nulidad la inobservancia de cualquiera de las disposiciones de los Art. 165, 167 y 168. Los asociados no podrán oponer esta nulidad a terceros".

Si la Ley especial establece en determinados casos, la nulidad del acto de constitución de la Compañía, el mismo no produce efecto ni aun entre los asociados, a éstos les corresponde el ejercicio de la acción de nulidad de la resolución aprobatoria dictada por la Superintendencia de Compañías, acción que evidentemente puede ser ejercida sólo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Si no admitimos en estos casos la competencia del Tribunal de lo Contencioso - Administrativo, y el derecho de cualquiera de los asociados para ejercer dicha acción, no veo como se podría llegar a la efectivación de esta disposición legal expresa.

En lo que se refiere a la impugnación de las resoluciones de la Superintendencia de Compañías, la Doctrina No. 123 contiene el siguiente criterio:

"Si la Compañía forma "una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados", según el inciso final del Art. 1984 del Código Civil y de acuerdo a lo confirmado por el inciso séptimo del Art. 2 de la Ley de Compañías, a los socios o accionistas de las Sociedades sujetas al control de la Superintendencia de Compañías, individualmente considerados, cualquiera que sea su número o el porcentaje de capital que representen, no les está permitida la facultad de apelar, objetar o impugnar válidamente la Resolución expedida por el Superintendente de Compañías -o por un Intendente- en la que se hubiere aprobado o negado un aumento de capital, una prórroga del plazo, un cambio de denominación o de domicilio y, en general, cualquiera de kis

actos mencionados en el Art. 33 de la Ley de Compañías y que fueren legalmente posibles para la Compañía de que se trate; pues tales son actos de la Sociedad correspondiente, que le pertenecen a ella por haber sido tomados por su correspondiente órgano social y por haber sido instrumentados en su nombre por su correspondiente representante legal (Art. 1491 del Código Civil).

En consecuencia, sólo las Compañías -como sujetos de derecho que son por intermedio de sus representantes legales, pueden ejercer la antedicha facultad de apelar, objetar o impugnar las Resoluciones que sobre los actos aludidos hubiere dictado la Superintendencia de Compañías... y que afectaren a sus intereses (pues simplemente no se concibe reclamo alguno en sentido contrario, como sería el caso de la resolución aprobatoria que en nada hubiere contrariado la respectiva solicitud).

Y, como se sabe, la impugnación respectiva sólo podrá hacerse ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, de conformidad con los Arts. 3, inciso segundo, 10, literal a), y 23, literal a), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Si los socios o accionistas, individualmente considerados, se sienten afectados por el acto de que se trate en razón de alguna presunta irregularidad en la toma de la correspondiente decisión por parte del respectivo órgano social de la Compañía que hubiere ejecutado o que fuere a ejecutar tal acto (aumento de capital, prórroga de plazo, cambio de domicilio, etcétera), entonces, esos socios o accionistas (pudiendo ser uno solo) tienen el derecho de: a) demandar la nulidad de la correspondiente resolución del antedicho órgano social, ante un Juez de lo Civil, invocando la o las causas de aquella nulidad, si es que la presunta irregularidad es motivo de alguna nulidad, de conformidad con el Derecho Común; o, b) impugnar la resolución del aludido órgano social, ante la correspondiente Corte Superior de Justicia, si es que la presunta irregularidad diere lugar a tal impugnación y siempre que representen (dichos socios o accionistas - o uno de ellos solamente) por lo menos el 25% del capital social pagado de la Compañía respectiva, de conformidad con los Arts. 116, literal h), 220, numeral 7o., 228, 229 y 291 de la Ley de Compañías.

Claro que si la Compañía aún no existe mal puede hablarse de un acto de la Sociedad, que le pertenezca a ella, y mal puede aplicarse lo que ha expresado con anterioridad. Tal es el caso de las Resoluciones de la Superintendencia que nieguen la aprobación a la constitución de una

Compañía. En esos casos, la impugnación, claro está, no puede ser hecha por una Sociedad que no existe; pudiendo serlo entonces por cualquiera de los fundadores o promotores de la Compañía cuya aprobación hubiere sido negada, de conformidad con el inciso final del Art. 163 de la Ley de Compañías.

Finalmente, conviene señalar un caso que podría considerarse como la excepción (confirmatoria de la regla) a todo lo **expuesto, aunque técnicamente** el acto pertinente no nace voluntariamente de la Compañía ni pertenece por derecho propio al Art. 33 de la Ley de Compañías (**aunque** por extensión podría encasillarse en él): se trata de la facultad que concede el tercer inciso del Art. 397 **de la Ley de Compañías a quienes representen el 25% o más del capital social**".

Considero que estos criterios son contrarios a las disposiciones **legales vigentes**, por lo expresado en este trabajo bajo 11-4 y 11-5, y además por los siguientes motivos:

tratarse de actos de la sociedad, violatorios de los derechos de los socios o accionistas de minoría, aprobados por la Superintendencia de Compañías, sería un absurdo negar la acción correspondiente **para obtener** que se declare sin efecto dicha resolución administrativa.

Limitar el derecho de impugnación sólo al **representante legal de la** Compañía, quien instrumentó el acto societario aprobado por la Superintendencia de Compañías, sería conculcar los **derechos de la minoría; ya** que el representante legal nunca va a reclamar de sus actos, cuya aprobación la obtuvo en la Superintendencia de Compañías.

II.8.b. Cuando el acto societario ha sido aprobado por la Superintendencia de Compañías, dicha resolución es impugnabile sólo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y en ningún caso ante un Juez de lo Civil.

De conformidad con el Art. 23 letra a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, "para demandar la declaración **de no ser conforme** a derecho y, en su caso la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer: a) La persona natural o jurídica que tuviere interés directo en ellos. . . ."

Consecuentemente el derecho de impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo le corresponde a toda persona natural o jurídica que tuviera interés directo en la **impugnación del acto administrativo**.

II.8.c. La competencia exclusiva del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo 10C para conocer de los recursos contencioso-administrativos, contra **las reso-**

luciones administrativas, y el derecho de las personas naturales o jurídicas, que consideren vulnerado algún derecho o interés directo, para interponerlos, consta establecida en los artículos primero, segundo y tercero de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

como está redactada la Doctrina No. 123, dejaría sin aplicación alguna lo dispuesto en el Art. 171 de la Ley de Compañías, cuando la **compañía nula** se encuentra aprobada por una resolución de la Superintendencia de Compañías, lo que constituye un absurdo.

Por todo lo expuesto considero que la Doctrina No. 123 debería reformarse, haciendo una aplicación correcta de las disposiciones legales vigentes.

III. NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LOS ACTOS SOCIETARIOS EMERGENTES DE LA ACTIVIDAD QUE DESEMPEÑA LA SOCIEDAD.

III.A. NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LAS DECISIONES ASAMBLEARIAS.

III.A.1. La Doctrina No. 123 de la Superintendencia de Compañías, emitió el siguiente criterio en relación con la impugnación de las Resoluciones de la Junta General:

"Teóricamente, las resoluciones de la Junta General de Socios o Accionistas pueden adolecer de ciertas irregularidades graves (Arts. 229, 285, inciso final, y, 289 de la Ley de Compañías).

Esas irregularidades pueden obedecer:

- 1) A que la resolución pertinente fue tomada en beneficio de uno o más socios o accionistas y en perjuicio de la Compañía; o
- 2) A que fue tomada en contra del Estatuto Social; o
- 3) A que fue tomada en contra de la Ley.

Cuando la irregularidad tiene por causa cualquiera de las que se acaban de señalar, el o los socios o accionistas que se creyeran afectados con la resolución pueden, si representan por lo menos el 25% del capital social pagado, impugnar la misma ante la Corte Superior de

Justicia, de conformidad con los Arts. 116, literal, h), 220, numeral 7o, 228, 229 y 291 de la Ley de Compañías, con derecho a recurrir ante la Corte Suprema de Justicia, según el Art. 292 de la misma Ley.

En cambio, cuando la irregularidad se debe a alguna violación de la Ley o del Estatuto Social, de aquellas que producen la nulidad de la resolución pertinente según los Arts. 285, inciso final; y 289 de la Ley de Compañías, y el o los socios o accionistas que se sintieren afectados no completaren el 25% sobredicho, entonces tales socios o accionistas (pudiendo ser uno sólo) pueden demandar la nulidad de la resolución respectiva ante uno cualquiera de los Jueces de lo Civil que fueren competentes en razón del domicilio de la Compañía de que se trate (sin que ello signifique -ni mucho menos- que esta acción está vedada para quienes representaren el antedicho 25% o más del capital social pagado).

Como se podrá apreciar, por su naturaleza, ambas acciones son distintas: la de impugnación tiene vocación de acción colectiva mientras que la de nulidad la tiene de carácter individual. . . la primera se ejerce ante la Corte Superior de Justicia mientras que la segunda ante el Juez de lo Civil. . . la de impugnación sólo puede proponerse en el plazo de los treinta días señalados en el Art. 229, mientras que la de nulidad puede proponerse en el plazo que le es común a dichas acciones.

Las antedichas acciones de impugnación y de nulidad no pueden suspender -y de hecho no suspenden- ni la ejecución y cumplimiento de lo que en la resolución cuestionada se hubiere acordado, ni el trámite que en base a ella se estuviere siguiendo ante la Superintendencia de Compañías para obtener la aprobación de cualquiera de los actos referidos en el Art. 33 de la Ley de Compañías. Por consiguiente, tales acciones tampoco pueden enervar la susodicha aprobación ni el cumplimiento de todo lo que en la Resolución aprobatoria se hubiere ordenado.

Tales acciones nada tienen que ver con los recursos a los que el Código de Procedimiento Civil les concede efectos suspensivos. Pero ello no significa que en la sentencia pertinente no pueda ordenarse la revocatoria o la nulidad de la resolución, con sus efectos consiguientes.

En respaldo del criterio expuesto, el inciso segundo del Art. 292 de la Ley de Compañías dispone que: "En todo caso quedarán a salvo los derechos adquiridos de buena fe por terceros, en virtud de los actos

realizados en EJECUCION DE LA RESOLUCION", lo que en otros términos quiere decir que la resolución puede ejecutarse NO OBS-TANTE la impugnación de la misma. Si la Ley de Compañías hu-biere querido que la acción de impugnación suspenda los efectos de la resolución impugnada, no habría reconocido derechos adquiridos 'en virtud de actos realizados en ejecución de la resolución".

De modo que, si se admitiera que la impugnación o la demanda de nulidad de las resoluciones de la Junta General producen el efecto de la suspensión de tales resoluciones, tendríamos que admitir la absurda posibilidad que sean, podrían paralizar a la compañía, sin arriesgar nada, así su acción resulte totalmente infundada. Siempre existirán casos de resoluciones urgentes y de vital importancia para la vida de la compañía cuya ejecución no puede quedar en suspenso -sin nada a cambio- hasta que la Función Jurisdiccional expida su resolución definitiva. Tal posibilidad acarrearía graves problemas a las Compañías y, eventualmente, ello podría significar, como queda dicho, la paralización de la actividad de las mismas.

Finalmente, -confirmando todo lo antedicho- vale transcribir a con-tinuación los Arts. 251 y 252 de la Ley argentina 19.550 que trata de las Sociedades Comerciales, que dicen:

"Art. 251.- Impugnación de la decisión asamblearia.- Titulares.- Toda resolución de la asamblea que sea violatoria de la ley, del Es-tatuto o del Reglamento puede ser impugnada..."

"Art. 252.- Suspensión preventiva de la ejecución.- El juez puede suspender a pedido de parte si existen motivos graves y no mediere perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiera causar a la Sociedad".

El contenido del transcrito Art. 252 de la Ley argentina y en especial la garantía que en él se instituye y las condiciones que su texto exige ('motivos graves' y que 'no mediere perjuicio para terceros') nos re-lavan de más comentario; pues no tenemos en el Ecuador una dispo-sición legal semejante que haga posible -así- la suspensión aludi-da".

III.A.2. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS DEMANDAS DE IM-PUGNACION Y DE NULIDAD POR PARTE DE LOS ACCIONIS-TAS:

No estoy de acuerdo con el criterio expresado en la Doctrina 123, de que para la acción de nulidad son competentes los Jueces ordinarios, ya

que lo dicho viola lo previsto en el inciso segundo del art. 229 de la Ley de Compañías.

El artículo citado dispone:

"Art. 229. La acción de impugnación de los acuerdos o resoluciones a que se refiere el artículo anterior deberá ejercitarse en el plazo de treinta días a partir de la fecha del acuerdo o resolución.

No queda sometida a estos plazos de caducidad la acción de nulidad de los acuerdos contrarios a la ley. Las acciones se presentarán ante la Corte Superior del domicilio principal de la compañía, tribunal que las tramitará verbal y sumariamente. Las acciones serán deducidas por una minoría que represente por lo menos la cuarta parte del capital social.

De la sentencia pronunciada por la Corte Superior podrá recurrirse ante la Corte Suprema de Justicia".

En efecto, la única diferencia que la establece el artículo citado, en relación con el procedimiento de la acción de impugnación de los acuerdos o resoluciones de la Junta General, y la acción de nulidad de los acuerdos contrarios a la Ley, es respecto a la caducidad: La primera debe ejercitarse en el plazo de treinta días a partir de la fecha del acuerdo o resolución, mientras que la segunda no queda sometida a este plazo de caducidad; después el segundo inciso de la disposición legal citada, refiriéndose en plural a ambas acciones, establece que "las acciones se presentarán ante la Corte Superior del domicilio principal de la compañía. . .".

Refiriéndose la Ley claramente a ambas acciones, y sometiéndolas a la competencia de la Corte Superior, no tiene fundamento alguno la aseveración de que el conocimiento de la acción de nulidad le corresponde al juez ordinario.

III. A.3. Generalmente los juristas que defienden alguna compañía o a los accionistas de mayoría, expresan su opinión de que dedarar la nulidad de resoluciones tomadas por la Junta General, le corresponde exclusivamente a los Jueces o a la Corte Superior de Justicia, a pedido de los accionistas que representen por lo menos el 25% del total del capital pagado; que las demandas o apelaciones presentadas por los accionistas, no tienen efecto suspensivo y que por lo tanto la Superintendencia de Compañías está obligada a considerar válidas aún las resoluciones nulas, mientras no haya sentencia ejecutoriada dictada por la Función Jurisdiccional. Si bien es verdad que la demanda presentada por parte de los accionistas ante las instancias de la Función Jurisdiccional, no tiene efecto *suspensivo*, este principio se refiere exclusivamente a los

derechos de los accionistas, y es independiente de las atribuciones de la Superintendencia de Compañías, inherentes a su función de vigilancia y control. ¿En qué queda el derecho de vigilancia de la Superintendencia de Compañías, si está obligada a aceptar la validez de resoluciones evidentemente nulas, de Juntas Generales de accionistas? ¿Para qué el trabajo de los Inspectores de la Superintendencia de Compañías, quienes están obligados a examinar la validez de las resoluciones tomadas por las Juntas Generales, de acuerdo con lo dispuesto en el Manual de inspección?.

El inciso segundo del Art. 441 reformado, de la Ley de Compañías, dispone:

"La vigilancia y control total comprende los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables. . .".

El Manual de Inspección de la Superintendencia de Compañías, correspondiente al año 1990, prevé en la página 14 (numeral 2.8): "Deberá considerar el especialista que las resoluciones de la junta general serán nulas (Art. 289 de la Ley)" y reproduce a continuación los seis numerales del artículo mencionado.

No puedo admitir la idea de que la actividad de vigilancia e inspección de la Superintendencia de Compañías, se reduzca a pura fachada, sin efectividad.

La Superintendencia de Bancos, declaró nulas las resoluciones adoptadas por la junta general de accionistas de una compañía sujeta al control y vigilancia de la misma, en virtud de lo establecido en los numerales 1 y 4 del Art. 289 de la Ley de Compañías, mediante resoluciones No. 90-032 y 90-127, publicadas en los Registros Oficiales No. 445 de mayo 28 de 1990 y 462 de junio 20 del mismo año, en su orden.

La Doctrina No. 129, al examinar la situación de una Junta Universal en cuya acta faltan una o más de las firmas necesarias, resolvió en el literal c):

". . . Por su parte la Superintendencia de Compañías no puede aceptar como válida una 'junta universal' en cuya acta falta una o más de las firmas necesarias, a menos que los que no firmaron dicha acta reconoz-

can ante ella, instrumentadamente también, su concurrencia a esa junta y que aceptaron su celebración. . .".

Aquí si se reconoce que la Superintendencia de Compañías no puede aceptar como válida tal junta. Joaquín Rodríguez Rodríguez, en su obra "Tratado de Sociedades Mercantiles" Tomo II, México 1971, página 75, dice:

"Es cierto que la nulidad opera ipso jure, sin necesidad de declaración judicial, pero la-obtención de ésta es aconsejable por razones de seguridad, sobre todo para hacer desaparecer la apariencia de legalidad que tiene el acuerdo adoptado por la asamblea".

Isaac Halperin, en su obra "Curso de Derecho Comercial", Volumen II, Parte Especial Sociedades Buenos Aires 1978, página 411, opina:

"La autoridad administrativa de control también puede impugnar judicialmente las decisiones asamblearias , o convocar la asamblea cuanto compruebe irregularidades, de oficio o por denuncia y declarar irregulares o ineficaces los actos en la esfera administrativa y en cuando se hallen sujetos a su fiscalización

Fernando Vélez, en su obra "Estudio Sobre el Derecho Civil Colombiano", Segunda Edición, Tomo VI, página 374, numeral 504, nos demuestra con ejemplos, que la administración pública no puede aceptar válidos actos evidentemente nulos:

"En prueba de que los actos inexistentes pueden fundarse en la ley colombiana, nos permitimos citar algunos casos que demuestran, en nuestro concepto, que dicha ley no puede aceptar acerca de algunos actos, ni siquiera una existencia aparente. Más claro: hay actos de tal naturaleza viciados, o en su parte interna o en su parte externa, que la ley tiene que prescindir de ellos en absoluto, como si no existieran. . . .

Se pretende importar mercaderías sin pagar los impuestos respectivos, y el que lo pretende se funda en un contrato celebrado con un Administrador de Aduana. ¿Se le hacen efectivos sus derechos, esto es, se le deja importación libre, mientras una sentencia dictada por Juez competente no declare nulo el contrato?"

Por todo lo expuesto, es evidente que la Superintendencia de Compañías no puede fundamentar ninguna resolución aprobatoria en resoluciones de Juntas

nerales viciadas de nulidad absoluta, sin que tenga importancia si tales resoluciones han sido materia de alguna acción judicial o no. Si lo hace, su resolución aprobatoria es susceptible al recurso contencioso-administrativo. .

La posibilidad de impugnar tales resoluciones aprobatorias de la Superintendencia de Compañías, se fundamenta en los mismos argumentos contenidos en el acápite II del presente estudio.

III.B. NULIDAD DE OTROS ACTOS SOCIETARIOS: Nombramientos, transferencia de acciones, participaciones, etc.

III.B.1. Hay casos en que se inscriben nombramientos sin que exista algún acta de Junta general en que se haya hecho la designación correspondiente; tal nombramiento aunque haya sido inscrito en el Registro Mercantil, carece de todo valor y la Superintendencia de Compañías no puede considerarlo válido; tampoco es posible la ratificación de tal nombramiento.

21 Art. 13 de la Ley de Compañías, dispone que la fecha de inscripción del nombramiento será la del comienzo de las funciones del administrador. Sin embargo hay casos en que el administrador que aceptó su nombramiento, empieza a celebrar actos a nombre de la compañía mucho antes de haberse inscrito el nombramiento; para este caso considero que es aplicable lo previsto en el Art. 371 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

"Art. 371: El que gestionó en juicio sin tener poder ni representación legal y legítima después su personería, o presenta la aprobación de aquél por quien gestionó, ratifica por el mismo hecho sus actos anteriores".

III.B.2. Las transferencias de acciones y participaciones en compañías, sin el consentimiento de ambos cónyuges en el caso de la existencia de la sociedad conyugal, si bien se encuentran viciadas de nulidad relativa, siendo por lo tanto anulables, sin embargo la Superintendencia de Compañías, no puede considerar como legales tales transferencias.