

**IMPUGNACION DE ACTOS DE SOCIEDADES CIVILES
Y COMERCIALES Y SUS ASPECTOS PROBATORIOS**

CARLOS ALBERTO VELASQUEZ R.

**Abogado U. P. B.
Profesor de Obligaciones y Derecho Comercial
Fac. de Derecho - U. P. B.**

IMPUGNACION DE ACTOS DE SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES Y SUS ASPECTOS PROBATORIOS

Dr. Carlos Alberto Velásquez Restrepo
Profesor de Obligaciones y Derecho Comercial
Fac. de Derecho - U. P. B.

I. Personas legitimadas para impugnar decisiones en general

En general, la legislación y parte de la Doctrina encuentran una diferencia esencial entre la persona individual y la jurídica o colectiva.

Para otros doctrinantes, cuya posición comparto, por el contrario, ambas son personas jurídicas, pues ambas son la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay una diferencia esencial entre ellas.

Los deberes, obligaciones y derechos subjetivos de la persona jurídica colectiva, no son en realidad otra cosa que las obligaciones y los derechos subjetivos de los individuos que la componen. Así por ejemplo, lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica colectiva, no es más que la propiedad colectiva de los individuos que la componen.

De lo expuesto, se concluye que el derecho que asiste a los accionistas o socios ausentes o disidentes, para impugnar decisiones de los órganos sociales, es derecho que proviene de su calidad de copropietarios de los bienes sociales.

Por su parte, el derecho que tienen los Administradores para intentar igual actuación, se deriva de su condición de encargados de la gestión de los negocios sociales, son colaboradores de los socios en la ejecución del contrato social y deben tomar, por ello, todas las precauciones que tiendan al restablecimiento de los derechos y al equilibrio establecido en el contrato social.

Por último, los Revisores Fiscales derivan su facultad de impugnación de los actos sociales, de su calidad de representantes de los socios o accionistas en la vigilancia y control interno de la vida social, para lo cual, es obvio, requieren de instrumentos que les permitan una mayor efectividad en el leal ejercicio de sus cargos.

Todo ello de conformidad con lo preceptuado en el Artículo 191 del Código de Comercio, que los autoriza para impugnar estas decisiones.

Sin embargo, cabe hacer las siguientes preguntas:

1. Si la actuación a impugnarse es una decisión de Junta Directiva y está pactada en el contrato social la cláusula compromisoria, o las partes celebran un contrato de compromiso, ¿obligará este procedimiento a los socios o accionistas ausentes o disidentes?

2. Si la actuación a impugnarse es una decisión de Asamblea General de Accionistas o de Junta General de Socios y está convenida en el contrato social la cláusula compromisoria, o el compromiso, ¿obligará esta previsión a los administradores y al Revisor Fiscal?

3. Si la actuación a impugnarse es una decisión de Junta Directiva y está establecida la cláusula compromisoria, ¿obligará ésta a los administradores, o al Revisor Fiscal?

Vamos por partes:

1. Si la decisión a impugnarse es de una Junta Directiva y el interesado en incoar la acción es un socio ausente o disidente, considero que, puede el interesado intentar esta acción ante la Jurisdicción común, por la siguiente razón:

El artículo 191 del Código de Comercio establece que “. . . los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la **Asamblea o de la Junta de Socios** cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos. . .” (Subrayo).

Por su parte, el artículo 194 del mismo Código dice: “. . . Las acciones de impugnación previstas en este capítulo se intentarán ante **los jueces**, aunque se haya pactado cláusula compromisoria. . .” (Subrayo).

El capítulo al cual se refiere el artículo 194, es el VII, del Título I, del Libro II del Código de Comercio, que se titula “**Asamblea o Junta de Socios y Administradores**”, en el cual se reglamenta la acción de impugnación contra las decisiones del máximo órgano social; ésto es, la Asamblea General de Accionistas (en las sociedades anónimas) y la Junta de Socios (en las demás compañías); dicho capítulo no se refiere en cambio, de modo alguno, ni a las resoluciones de la Junta Directiva ni a su eventual impugnación judicial.

En estricto Derecho, sólo pueden intentarse ante la Jurisdicción común las acciones tendientes a impugnar y anular actos acordados por Asambleas de Accionistas o por la Junta General de Socios como máximos órganos de una sociedad “. . . aunque se haya pactado cláusula compromisoria. . .”; por el contrario, no es posible impugnar ante los jueces civiles actos de una Junta Directiva de una sociedad, cuando se haya pactado en los estatutos sociales la cláusula compromisoria, o se haya celebrado contrato de compromiso.

El artículo 194 del Código de Comercio es norma imperativa y restrictiva, lo cual hace que consecuentemente no pueda ser aplicada analógicamente, de un lado, y de otro, de hacerlo se estaría conculcando el principio constitucional imperante en el campo del Derecho Privado, de que los particulares podemos hacer todo aquello que no esté **expresamente** (subrayo) prohibido, principio, también llamado de la “libertad contractual”.

En conclusión, el artículo 194, citado, no restringe la validez de la cláusula compromisoria, ni del compromiso, sino única y exclusivamente frente a la impugnación de Actos de Asamblea General de Accionistas o Juntas de Socios.

2. Si la decisión a impugnarse es de una Asamblea de Accionistas o Junta de Socios y el interesado es un Administrador o el Revisor Fiscal y en los estatutos está prevista la cláusula compromisoria para los conflictos entre socios o accionistas entre sí, o entre éstos y la sociedad, considero que a tales personas los vincula, igualmente, el precepto imperativo y prohibitorio contenido en el Artículo 194 del Código de Comercio.

3. Si la decisión que ha de impugnarse es de una Junta Directiva y la persona interesada en proponerla es un Administrador (Miembro de Junta Directiva o Representante Legal) o el Revisor Fiscal, en su caso, y está pactada la cláusula compromisoria en los estatutos sociales, considero, acorde con algunos doctrinantes nacionales, que a tales personas, en su condición de tales, no los vincula la cláusula compromisoria por cuanto tales personas no se consideran partes en el contrato de sociedad; son personas que hacen parte de órganos sociales pero no son socios o accionistas de la sociedad misma y por tanto extraños al contrato social como obligados por sus cláusulas, para esta específica clase de actos, los de impugnación de resoluciones de Juntas Directivas.

Aclarados estos tres (3) interrogantes, que no son únicos, pueden también presentarse otras situaciones de hecho, muy similares a las planteadas, veamos:

4. Si el interesado en impugnar una decisión de una Asamblea General, una Junta de Socios, o de una Junta Directiva es un Administrador o el Revisor Fiscal, que no ostentaba tal calidad al momento de la reunión en donde se adoptó el acto objeto de impugnación, se pregunta:

¿Podrán y tendrán legitimación para intentar la acción de impugnación?

Consideramos que sí, porque la función de unos y otros es mantener la integridad y el equilibrio del contrato social, razón por la cual, para nada interesa que tuvieran o no las calidades anunciadas **en el momento** de adoptarse la decisión, lo verdaderamente relevante, desde el punto de vista legal, es que tenga esta calidad de administrador o contralor al momento de instaurar la acción de impugnación, es decir, que a esta fecha tengan la calidad de ejecutores de las decisiones o contralores de ellas.

5. Si el Socio o Accionista ausente o disidente, lo era al momento de adoptarse la decisión pero no mantiene esa calidad a la fecha de instaurar la acción de impugnación, se pregunta igualmente: ¿podrá y tendrá legitimación procesal para instaurar la acción de impugnación?

La respuesta, igualmente, parece ser afirmativa, ya que su acción y su legitimación nacen del contrato social que mantenía con sus demás socios o accionistas **al momento** de producirse el acto que consideró dañino en su calidad de parte en el contrato social.

6. Si el interesado en instaurar la acción de impugnación de un órgano social es alguien que era administrador o Revisor Fiscal al momento de producirse el acto, pero que no ostenta esa calidad al momento de instaurar la acción de impugnación, se pregunta: ¿Estará legitimado legalmente para hacerlo, si por alguna razón subsiste su interés? En esta hipótesis, al parecer menos obvia la respuesta que en los casos anteriores, consideramos que sí pueden tales personas intentar válidamente la impugnación, por dos (2) razones:

a) Tanto el administrador como el Revisor Fiscal, además de otros vínculos, los ata a la Sociedad un contrato de mandato y como tal pueden, en el término de los dos (2) meses, y aún revocado el contrato, intentar acciones tendientes a desvirtuar actos que se le encomendaron para su ejecución o para su control y para demostrar, precisamente, el por qué no los ejecutó o el por qué de su oposición a ejecutarlos por considerarlos en perjuicio del mandato encomendado, o el por qué habiéndolos ejecutado se retractó.

b) La simple lectura del artículo 191 de la idea de que la acción la ostenta quien desempeña o desempeñó el cargo de administración o Revisor Fiscal, sin ninguna otra distinción; es decir, de si lo es o no al momento de intentar la acción, lo cual hace que sí el artículo no distingue entre estas dos fechas, tampoco puede el intérprete hacerlo para restringir sus efectos, pues se supone que el Ordenamiento Jurídico, en general, está interesado en mantener la legalidad de los actos jurídicos por encima de situaciones meramente circunstanciales.

Los interrogantes anteriores aunque no tienen una identidad con el tema de las pruebas en los actos de impugnación de decisiones sociales, se tratan en consideración a que son presupuestos básicos para instaurar la acción en forma adecuada y ante el órgano competente para conocer del litigio, con lo cual se patentiza más claramente su interés académico y práctico.

II. Concepción general de la prueba

Es conveniente al iniciar el tema, refrescar la idea que se tiene en la Doctrina Universal y en la Legislación Civil Colombiana acerca de ¿qué es lo que se debe probar?

Desde el punto de vista doctrinario, modernamente, se considera que a cada parte le corresponde "la carga" de probar los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable.

Esta tesis, por contraposición con otras, es sostenida por Rosemberg, Guasp, Michelli, Silva Melero, de la plaza, carnelutti, Cature. Devis Echandía, entre otros.

En conclusión, esta teoría expresa que quien pida la tutela de un derecho que considera protegido por una norma jurídica debe probar el supuesto, hipótesis o condición prevista en la norma, con el fin de poder hacer efectiva en su favor la consecuencia benéfica consagrada en esa misma norma.

LEO ROSENBERG desarrolla esta tesis desde un doble punto de vista:

A. La parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin que se aplique un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la afirmación y de la prueba de que las características definidoras de ese precepto están realizadas en los hechos; y

B. Cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable ("la carga de la prueba". Ediciones Jurídicas Europa - América, 1956, pág. 91).

Desde el punto de vista legislativo, el Ordenamiento Civil Colombiano acoge esta posición doctrinal en el artículo 177 del Código Procesal Civil, como principio general.

De otro lado, conviene aclarar, que de acuerdo con el artículo 189 del Código de Comercio, la copia de las actas llevadas en la forma indicada (artículo 28 y 195 ID), será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas, mientras no se demuestre la falsedad de la copia o de las actas.

Sin embargo, nada se opone a que un acto aprobado por un órgano social cualquiera se demuestre, a falta de Acta, por cualquiera otro de los medios de prueba establecidos en el C. P. C., por cuanto no existe norma especial que susstraiga estos actos de tales medios como idóneos para acreditar su existencia.

III. Sobre qué actos sociales es procedente la "Acción de Impugnación"

En este aspecto se tratará lo relativo a las sociedades comerciales (Artículo

100 C. de Co.) y en lo que sea pertinente a la inexistencia, nulidad absoluta o relativa, se entiende también referido a las sociedades, y en general, asociaciones civiles.

En el artículo 191, citado, el Código faculta a los administradores, al Revisor Fiscal y a los socios ausentes o disidentes, para impugnar las decisiones de la Asamblea, o de la Junta de Socios **cuando no se ajusten a la ley o a los estatutos.**

Así de lacónico es el texto legal, no distingue pues entre las clases de anomalías que puedan ser objeto de impugnación cuando éstas afecten una decisión de un órgano social.

De acuerdo con distintas normas del Código de Comercio, son:

1. Ineficaces los acuerdos de las Asambleas no convocadas debidamente o llevadas a cabo sin el quórum del caso. Artículo 190, C. de Co.; por su parte, la ineficacia no requiere declaración judicial según lo preceptuado en el Artículo 897 del mismo Código.

2. Son inoponibles a los socios ausentes o disidentes los acuerdos de las Asambleas o Juntas que no tengan carácter general.

3. Son nulos absolutamente los actos que rebasan los límites de los estatutos, o se adopte sin los votos necesarios, o cuando contraríe una norma imperativa y la Ley no ha dispuesto otra cosa, o tienen objeto o causa ilícita.

Resulta que en todos estos casos por ser contrarios a la Ley y en los que, a la postre, fueren contrarios a los estatutos, se pueden impugnar tales actos o acuerdos, cuando sean proferidos por Juntas de Socios, Asambleas de Accionistas o Juntas Directivas.

Esta generalización de las acciones de impugnación, es decir, la posibilidad de alegar la inexistencia, la ineficacia y la inoponibilidad, no sólo como excepción sino también como acción, puede tener alguna utilidad práctica que justifique esta falta de técnica jurídica que comparte el artículo 191, por cuando indudablemente, la inexistencia, la ineficacia y la inoponibilidad, lo mismo que la nulidad, son fenómenos que están consagrados como consecuencias de normas jurídicas, consecuencias que en sí mismas están supeditadas para su cumplimiento a la realización previa de un supuesto o de una hipótesis, consistente en conductas o hechos susceptibles de ser discutidos en cuanto a su acaecimiento y sobre los cuales conviene y es necesario introducir certeza en beneficio de los socios y de terceros.

Además, puede ocurrir que un Administrador o un Revisor Fiscal, el uno como ejecutor de las decisiones y el otro como contralor de las mismas, puedan justificar ante la sociedad, accionistas, socios o terceros, el incumplimiento de un acuerdo o una resolución de un órgano social, arguyendo que el acto se

encuentra demandado y posiblemente hasta suspendido provisionalmente porque ellos instauraron las acciones judiciales necesarias para obtener la **certeza** en su legalidad y en la posibilidad de ejecución al acto (subrayo).

Igual derecho tienen, así vistas las cosas, los socios ausentes o disidentes para que no se les impongan decisiones inexistentes, ineficaces o inoponibles que no satisfagan las exigencias legales o estatutarias, o que no consulten el interés común o general de todos los socios o accionistas.

No obstante lo dicho, el H. Consejo de Estado sostuvo que:

“... El derecho de impugnación previsto en el artículo 191 del C. de Co., sólo es ejercitable contra los actos viciados de nulidad; es decir, los que se adopten sin la mayoría requerida pero dentro de una reunión realizada con el quórum legal o estatutario, o excediendo los límites del contrato social. . .”.

(Consejo de Estado secc. Primera, Agosto 28 de 1975, C. Co., Legis. pág. 56).

IV. Distinción entre impugnación de actos de Sociedades Comerciales y Sociedades o Asociaciones Civiles

El artículo 438 del Código de Procedimiento Civil reglamenta, en general, la impugnación de actos de sociedades y establece allí mismo que la demanda “... deberá dirigirse contra la **sociedad**. . .” (subrayo). Por su parte, el artículo 414 ordinal 14, del mismo Código citado, establece: “... Se tramitarán y decidirán en proceso abreviado, los siguientes asuntos, cualquiera que sea su cuantía. . .” 14 impugnaciones de actos o decisiones de Asambleas de Accionistas, y de Juntas Directivas o de Socios, cuando con ellos se contravenga la Ley o los **estatutos sociales**. . .” (Subrayo).

Son éstas las normas procedimentales, que en principio, resultarían aplicables para escoger la vía que ha de darse a la impugnación de actos de agrupación de personas que persiguen un fin cualquiera, sea con lucro o sin él.

Sin embargo, un análisis más detenido de las normas transcritas podrá darnos mejores elementos de juicio, para lo cual es necesario distinguir, así:

- A. Corporaciones y Fundaciones
- B. Sociedades Comerciales y Civiles

A. Corporaciones y Fundaciones: (Artículo 633 del Código Civil).

Son formas asociativas reglamentadas por la Ley Civil y que tienen por fin la beneficencia, actividades científicas, el bienestar de los asociados, sea físico,

intelectual o moral y en ningún caso persiguen distribuir utilidades entre los corporados o asociados.

Por su parte, el artículo 636 del C. Civil, establece:

“... Todos a quienes los estatutos de una corporación irrogaren perjuicio, podrán recurrir al poder ejecutivo ya citado, para que en lo que perjudicaren a terceros, se corrijan, y aún después de aprobados les quedará expedito su recurso a la justicia contra toda lesión o perjuicio que da la aplicación de dichos estatutos les haya resultado o pueda resultarles”.

De lo transcrito se desprende:

En primer lugar, que quienes se consideran perjudicados con los estatutos o con las reformas que de ellos se introduzcan, pueden incoar la acción del caso ante la Rama Ejecutiva, en vía Gubernativa, y posteriormente, si no quedan satisfechas sus pretensiones, ante la Jurisdicción contenciosa, en busca de **obtener una corrección de estatutos o de sus reformas**, en forma tal que no les produzca perjuicio (subrayo).

Esto se debe a que los Estatutos de las Corporaciones y Fundaciones y sus reformas, están sujetos a un control administrativo y tanto ellos como sus reformas, para que obliguen a los corporados y a terceros, deben ser aprobados por resolución ejecutiva que hoy en día, en nuestro medio, es de competencia de los Gobernadores de los Departamentos, Intendentes y Comisarios.

En segundo lugar, los corporados que hubieren sufrido lesión o perjuicio por la aplicación de los estatutos o reformas aprobadas por la Rama Ejecutiva, no obstante su oposición, tendrán acción ante la Jurisdicción común para obtener el **resarcimiento del perjuicio** irrogado (subrayo).

Es procedente preguntar entonces, si esta segunda acción que se debe instaurar ante la Jurisdicción común, según lo establecido en el C. Civil, será la consagrada en el artículo 438 del C. P. Civil, en concordancia con el 414 ordinal 14, de la misma obra?

Al parecer no, por dos (2) razones:

A. El artículo 438 habla de acción para impugnación de actos o decisiones de Asamblea de Accionistas o Juntas Directivas o de Socios, y no acción de reparación de perjuicios por actos o decisiones de estos mismos órganos.

B. Porque al establecer el mismo Artículo 438, citado, que la demanda deberá dirigirse contra la **sociedad**; término este último que es suficientemente claro, por definición legal, en nuestra legislación (artículo 100 C. Co. y 2.079 Código Civil), razón por la cual, se está excluyendo a las **asociaciones** sin ánimo de lucro, esto es, a las corporaciones y fundaciones. Coadyuva la anterior inter-

pretación, la restricción establecida en el Artículo 28 del Código Civil, al preceptuar:

“... las palabras de la Ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

Lo dicho, para concluir que el procedimiento y los requisitos establecidos por el C. P. Civil, Artículo 438, en concordancia con lo establecido en el 414, ordinal 14, del mismo Código, sólo es aplicable a los actos de impugnación de actos de sociedades civiles o comerciales que sean acordados por Junta de Socios, Directivas o Asambleas de Accionistas.

Así entonces, los procesos de impugnación de los demás actos de asociaciones o fundaciones civiles, se deberán someter al procedimiento establecido en los Artículos 396 y Ss. del Código de Procedimiento Civil (Proceso ordinario).

El Profesor DEVIS ECHANDIA, al comentar este artículo dice:

“... El artículo 438 trae una norma nueva que contempla el caso de las demandas para que se declaren ilegales los actos que adopten las Asambleas o Juntas de Socios de **Sociedades Civiles o Comerciales**, que quedó incluido dentro de los que se tramitan como proceso abreviado...” (subrayo).

Al parecer, este auto considera que dentro de la expresión sociedades civiles, quedaron comprendidas las corporaciones y fundaciones civiles, razón por la cual, el trámite para la impugnación de los actos de las dos clases de personas civiles se ejercería igualmente por el proceso abreviado consagrado en el Artículo 438.

Pasa por alto este Autor, el hecho a que se alude en esta disposición cuando se habla de que la demanda deberá instaurarse contra la sociedad y nada se dice de las Corporaciones o Fundaciones; según se dejó expuesto, el término “sociedad” tiene definición legal en nuestro ordenamiento (Artículo 100 C. de C. y 2.079 C. C.), además, las normas procesales son imperativas, de derecho y orden público, por tal razón no pueden aplicarse analógicamente; no comparo, por ello, la apreciación jurídica del Dr. DEVIS E., en este aspecto.

Considero oportuno tratar el tema, en este aparte, de las sociedades que se constituyen para la administración “correcta y eficaz”, de los bienes comunes en las propiedades inmuebles sometidas al régimen de la Propiedad Horizontal de conformidad con lo establecido en el Artículo 3o. de la Ley 16 de 1985 (enero 8).

Según lo preceptuado en el Artículo 3o., citado, esta persona jurídica “... no tendrá ánimo de lucro y deberá cumplir y hacer cumplir la Ley y el Reglamento de Propiedad Horizontal...”.

Se colige que este ente se asemeja, en sus características, a las Corporaciones y Fundaciones; lo anterior se hace más verosímil si tenemos en cuenta:

A. No tiene por objeto repartir entre sus socios las ganancias o pérdidas que arroje la gestión social.

B. Su objeto social y su capacidad de ejercicio se materializan en “. . . Administrar correcta y eficazmente los bienes de uso común y en general ejercer la dirección, administración y manejo de los intereses comunes de los propietarios de inmuebles en relación con los mismos. . .”.

Nada se opone, y por el contrario resulta lógico, remitir en lo no establecido en la Ley 16 de 1985, esta “. . . persona jurídica distinta de los propietarios. . .” a las normas de Corporaciones y Fundaciones contenidas en los Artículos 633 a 652 del Código Civil.

Lo anterior, no sólo tiene interés académico sino también práctico, por cuanto los actos de la impugnación de asambleas de Copropietarios, de estas nuevas personas jurídicas y de Junta Directiva o Consejo de Administración, deberán, entonces, tramitarse por el procedimiento establecido en el Artículo 396 y ss. del Código de Procedimiento Civil (P. Ordinario), al igual que las impugnaciones de los órganos establecidos en los simples reglamentos de “Propiedad Horizontal” que se encuentran establecidos y los que se elaboren en el futuro de conformidad con las normas contenidas en la Ley 182 de 1948 y sus reglamentos (Artículo 10 de la Ley 16 de 1985), es un procedimiento que la Ley expresamente ha establecido para esta clase de actos, atendiendo a su naturaleza.

V. Pruebas que deben aportarse en los procesos de impugnación de actos de sociedades comerciales o simplemente de sociedades reguladas por el Código de Comercio

Es bien sabido de todos, que una sociedad es comercial cuando se constituye “. . . Para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la Empresa social comprende actos mercantiles, y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial” (Artículo 100 C. de Co. en concordancia con los artículos 20, 21 y 22 del mismo Código).

Por su parte, son sociedades simplemente reguladas por el Código de Comercio “. . . las sociedades por acciones y las de responsabilidad limitada. . . cualquiera que sea su objeto”. Artículo 100 inc. 2o., de C. Co.; igualmente se rigen por el Código de Comercio, salvo disposición legal en contrario, las sociedades de economía mixta, artículo 461 del mismo Código.

Antes de tratar el tema de las pruebas que deben allegarse en los procesos de impugnación de actos de las sociedades antes mencionadas, es conveniente igualmente recordar que: “. . . La prueba en derecho comercial se registrá por las

reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, **salvo las reglas especiales establecidas en la Ley**" (subrayo). (Artículo 822 C. de Co.).

Debemos analizar el punto detenidamente, así:

A. Sociedades Comerciales

Es preciso entonces, en los procesos abreviados de impugnación de Actos de Asambleas de Accionistas, Juntas de Socios y Juntas Directivas de SOCIEDADES COMERCIALES, allegar al proceso, bien con la demanda, que debe llenar los requisitos formales del Artículo 75 del C. P. C., o en el término para practicar pruebas, las siguientes:

1. Certificación expedida por la Cámara de Comercio correspondiente, sobre la existencia y representación legal de la sociedad demandada y cuyos actos son objeto de la pretensión de impugnación (Artículo 28, ordinal 12, del C. de co., en concordancia con el Artículo 77, Ordinal 3o. y 4o. del C. P. C.).

2. Si el impugnante es una sociedad comercial deberá demostrar su existencia y representación legal en la misma forma que se indicó en el numeral anterior.

3. Copia auténtica del Acta de Asamblea de Accionistas, de Junta de Socios o de Junta Directiva, en donde se contenga el Acuerdo o Resolución a impugnarse, firmada por el Secretario o por algún representante de la sociedad (Artículo 189, inciso 2o. C. de Co.), o cualquier otro medio de prueba con el cual se demuestre fehacientemente el acto que ha de impugnarse.

4. Certificación expedida por el secretario de la sociedad o por el Representante Legal de la misma, en la cual conste su calidad de Socio, Accionista, Administrador o Revisor Fiscal, **en el momento** de la celebración del Acto a impugnarse y si el impugnante en la votación del acto fue disidente o ausente, como socio o accionista, deberá dejarse allí mismo constancia de tal hecho (Artículos 191, 352, 372 y 406 del C. de Co.).

5. Certificación expedida por la Cámara de Comercio respectiva, en donde conste la cláusula compromisoria, cuando se trata de impugnación de Actos de Junta Directiva, o copia auténtica del respectivo contrato de compromiso.

6. Certificación expedida por la Cámara de Comercio respectiva, en donde conste la inscripción del acuerdo o acto de la Asamblea, Junta de Socios o Junta Directiva, cuando las decisiones adoptadas deban ser inscritas en el registro mercantil (Artículo 28, numerales 5o., 9o.), si el acto ya se inscribió, aunque no es requisito para la procedibilidad de la acción la inscripción del acto en la Cámara de Comercio, ya que éste puede atacarse aún antes de ser inscrito, la oponibilidad aquí operaría por conducta concluyente del Acto o impugnante.

7. Copias auténticas de las escrituras de Constitución, o modificación de los estatutos sociales de la sociedad demandada, ello porque en la mayoría de las veces los motivos de impugnación, se generan en violación de los estatutos sociales y sólo allí podrá apreciarse en su integridad las cláusulas del contrato, que por lo demás, no se reproducen íntegramente en los lacónicos certificados expedidos por las Cámaras de Comercio.

Ahora, si la impugnante, en cualquier tipo de sociedad, es una entidad de Derecho Público, debe allegarse al proceso las siguientes pruebas para acreditar-se como tal:

8. Copia autenticada de la Ordenanza o Acuerdo mediante la cual se creó la Entidad Pública que aparece como impugnante, copia de sus estatutos o reglamentos, en donde deben aparecer las facultades del representante legal.

Si la Entidad Pública impugnante es del "Orden Nacional" debe citarse la Ley o Decreto mediante la cual se autorizó su creación y allegarse, igualmente copia de sus estatutos o reglamentos.

9. Copia auténtica del Acto Administrativo de nombramiento del Representante Legal de la Entidad y copia del Acta de Posesión del nombrado.

10. Aunque parezca obvio, para todos los casos, debe adjuntarse copia, con presentación personal del poderdante, del poder especial otorgado a un Abogado titulado (Dcto. 196 de 1971), o copia del poder general otorgado a un Abogado titulado, con constancia notarial de su vigencia (C. de P. C. Artículo 65).

Lo anterior, en cuanto a la **prueba documental** necesaria e imprescindible que debe aportarse al proceso como tal, bien al momento de la presentación de la demanda, repito, o en la práctica de las pruebas.

De otro lado, como en la inmensa mayoría de las veces es imposible presentar con la demanda la prueba documental anunciada anteriormente como necesaria e imprescindible para esta clase de procesos, es factible, también, adelantar la **exhibición de libros**, extraproceso, con el fin de obtener, antes de la presentación de demanda y del vencimiento del término para incoarla, la prueba documental necesaria para el debido trámite del proceso (artículos 297 en concordancia con el 283 y ss. del C. P. C.).

Ahora, si el presunto demandante considera que para la integridad del derecho por él pretendido, puede ofrecer mayores beneficios y máxima seguridad una **Inspección Judicial** a los libros de Actas con exhibición de ellos, bien sea, extraproceso o dentro del proceso, con el fin de obtener la prueba documental y la testimonial, puede igualmente optar por esta vía. (Artículo 300 en concordancia con los artículos 244 y ss. del C. P. C.).

Conviene anotar, sin embargo, que esta última alternativa de la **Inspección Judicial a los libros con exhibición de ellos**, legalmente, sólo es procedente su práctica cuando “. . . se tema que el transcurso del tiempo alterare su situación o dificulte su reconocimiento. . .” (Artículo 300 C. P. C.).

Resulta en algunas oportunidades de mucha conveniencia la **prueba testimonial**, sobre todo cuando se tacha de falso un documento (acta, poder, etc.), dentro del proceso de impugnación; en estos casos, al igual que en los demás procesos, se hace necesario su práctica y recepción extra o dentro del proceso (Artículos 298, 299 en concordancia con el 213 y ss. del C. de P. Civil).

No es excepcional tampoco, encontrar que en los procesos de impugnación de actos de órganos de sociedades comerciales se haga necesario el **interrogatorio de parte** al Representante Legal de la Sociedad demandada o al demandante o a su representante legal; cuestión, igualmente factible. (Artículos 294 y concordantes con el artículo 194 del C. de P. C.).

Por último, en los casos de impugnación de actos de órganos sociales en donde se requiere demostrar, adicionalmente, la falsedad, adulteración, supresión en los textos del Acta en donde se recoge la decisión impugnada, puede resultar útil el **Dictamen Pericial**, bien como prueba anticipada o dentro del proceso (Artículo 300 en concordancia con el 233 y ss. del C. de P. Civil).

Conviene llamar la atención sobre el valor probatorio de los documentos inscritos en la Cámara de Comercio, de conformidad con las normas especiales contenidas en el Código de Comercio al regular la inscripción y la consecuente certificación que esta Entidad expide a solicitud de cualquier persona interesada.

Dice el doctor ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ (Manual del Registro Público Mercantil, págs. 25 y 26):

“AUTENTICIDAD DOCUMENTAL: El Registro Público concede el beneficio de la autenticidad a los documentos que en él se inscriban y que sean auténticos por su misma naturaleza o por falta de reconocimiento de las partes.

“Así se desprende del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, según el cual el documento privado es auténtico si ha sido inscrito en un Registro Público a petición de quien lo firmó.

Esta disposición concuerda con el artículo 40 del C. de Co. cuyo texto indica que el documento que sea auténtico debe ser presentado personalmente por sus otorgantes al secretario de la respectiva Cámara. . .”.

“El registro —continúa diciendo el Profesor Gaviria—, facilita la prueba de los documentos en él inscritos, porque corresponde a la Cámara expe-

dir certificados sobre los mismos, con arreglo a lo dispuesto en los Artículos 30 y 86, numeral 3o. . . .”.

B. Sociedades asimiladas a las sociedades comerciales

Examinaremos ahora la prueba en los procesos de impugnación de acuerdos de Asambleas de Accionistas, Juntas de Socios y Juntas Directivas de SOCIEDADES REGULADAS POR EL CODIGO DE COMERCIO, y que no son comerciales.

Tales sociedades son las por acciones y las de Responsabilidad limitada de naturaleza civil (artículo 100 de Co. y 2.079 y ss. del C. Civil) y las sociedades de economía mixta (Artículo 461 a 468 C. de Co.).

Las primeramente enunciadas, al estar reguladas por las normas de las Compañías Comerciales, en lo relativo al régimen probatorio en los procesos de impugnación, les es aplicable lo expuesto anteriormente, para las sociedades de naturaleza comercial.

Las segundas, sociedades de economía mixta, requieren de las mismas pruebas enunciadas para las sociedades comerciales y asimiladas.

Sin embargo, se discute por algunos Juristas la competencia de la Jurisdicción común para conocer de los procesos de impugnación de actos de Asamblea de Accionistas y Juntas Directivas de las sociedades de Economía Mixta y de las Sociedades Industriales y Comerciales del Estado; sostienen estas personas que tales actos son competencia privativa de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Fundamentan su posición fundamentalmente en el contenido del Artículo 82 del Decreto 01 de 1984, enero 2, nuevo Código Administrativo. El artículo mencionado es claro y preciso al decir que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituída para juzgar controversias originadas en Actos administrativos de las entidades públicas y de las privadas **cuando cumplan funciones públicas**.

Es por lo demás claro que, por ejemplo, una reforma estatutaria en las sociedades de economía mixta, o en instituciones privadas que cumplen funciones públicas (Cámara de Comercio), son actos que distan en mucho, en sí mismos, de la prestación de un servicio público; por ello, cuando se trata de impugnación de actos proferidos por órganos sociales de estas entidades, en claro cumplimiento de una función pública, no cabe duda que su control de legalidad corresponde a la jurisdicción contenciosa.

De otro lado, el H. Consejo de Estado (en sentencia de febrero 18 de 1975, Mag. Ponente: Dr. Alvaro Orjuela Gómez) reafirmó que las sociedades de economía mixta se rigen por las normas de las sociedades comerciales. “Es natural

el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968, que continúa vigente, refiriéndose no sólo a las sociedades de economía mixta, sino también a las sociedades industriales y comerciales del Estado, establece: "Los actos y hechos de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta que realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y la **jurisdicción ordinaria**, conforme a las normas de competencia sobre la materia".

"Aquellos que realicen para el cumplimiento de las **funciones administrativas** que les haya confiado la Ley son actos administrativos" (subrayo).

"La Función Pública" o su semejante "El Servicio Público" es un concepto que se ha ido decantando a lo largo de la doctrina y jurisprudencia francesa y de allí lo hemos tomado en Colombia, en su estado actual.

El H. Consejo de Estado expresó al conocer de un proceso en el cual se discutía la naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio y al precisar las funciones administrativas que cumplen estas entidades dijo: "No obstante la naturaleza 'Sui-generis' de las Cámaras de Comercio, es indiscutible que algunas de sus funciones, entre ellas principalmente la del Registro Mercantil, entrañan la prestación de un servicio. . ." (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Mag. Ponente: Dr. Carlos Galindo Pinilla, Sentencia de 1978, Anales 1978, Tomo XCV pendiente de publicación).

Al examinar el mismo H. Consejo de Estado, en otro proceso, la naturaleza de las Cámaras de Comercio, puntualizó:

"... De allí que estos entes públicos, pueden dar lugar a dos clases de actos, inconcebibles, desde luego, dentro de la teoría del servicio clásico, a saber:

"A. Actos mercantiles privados y pertenecientes a la competencia de la Justicia ordinaria.

"B. Actos Administrativos, sujetos al control de la justicia contenciosa Administrativa.

"Esta dualidad de actos para una entidad de Derecho Público, como son las empresas industriales y comerciales del Estado, los reconoce **enfáticamente** el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968, al precisar cuáles se someten al derecho común y luego al señalar que "Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la Ley, son actos administrativos" (subrayo). (Sentencia 22 de mayo de 1947, Mag. Ponente: Dr. Rafael Tafur Herrán, Sala de lo Contencioso Administrativo. Secc. Segunda, Anales 1974, Primer semestre. Tomo 86, Nos. 441-442, pág. 351).

De lo transcrito no parece quedar duda que los actos de naturaleza privada que no se ejecuten en ejercicio de una función pública por las sociedades de Economía Mixta y las industriales y comerciales del Estado, su control de legalidad corresponde a la Jurisdicción común de su domicilio social.

VI. Qué pruebas deben aportarse en los procesos de impugnación de actos de Sociedades y Asociaciones de naturaleza civil.

En los procesos abreviados de impugnación de Actos de Junta de Socios, Juntas Directivas y Asambleas de Accionistas de SOCIEDADES CIVILES REGISTRADAS POR EL CODIGO CIVIL, ésto es, las comanditarias simples y las colectivas civiles, vale la pena recordar que se pueden constituir y reformar por documentos privados, que ha de ser inscrito en el Registro Mercantil, según lo preceptuado en el artículo 121 del Código de Comercio, aunque no deben matricularse como comerciantes, por cuanto no ostentan esa calidad; tampoco deben matricularse las sociedades civiles que se constituyan bajo la forma de sociedades por acciones y limitadas, aunque, como se expresó, en lo demás, se rigen por el Código de Comercio.

De lo anterior se desprende que aquella entidad certifica su existencia, representación, reformas a los estatutos sociales, existencia de cláusulas compromisorias, etc.; en consecuencia, vale para ellos todo lo dicho para efectos de la prueba en los procesos de impugnación de actos de los órganos de sociedades de naturaleza comercial.

Ahora, en los procesos de impugnación de actos de órganos de corporaciones y fundaciones, la prueba de su existencia, representación, cláusula compromisoria, reformas estatutarias, etc., debe ser certificada por el respectivo Gobernador, Intendente o Comisario, de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia.

La acción de impugnación será la de nulidad, prevista en el Artículo 1746 y ss. del Código Civil y el proceso será el indicado en el Artículo 396 y ss. del Código de Procedimiento Civil, según se dejó expuesto.

En lo referido a otras pruebas considero que tienen igualmente validez las enunciadas para las sociedades comerciales por naturaleza.

VII. La suspensión provisional del acto acusado

Sobre el particular, el Artículo 438, inciso Segundo, del Código de Procedimiento Civil, establece:

“... En la demanda podrá pedirse la suspensión del acto impugnado, y el Juez decretará (sic) si la considera necesaria para evitar perjuicios graves y el demandante presta caución en la cuantía que aquél señale. Este auto es apelable en el efecto diferido”.

Antes de iniciar el análisis de este aparte, debemos recordar, según lo expuesto anteriormente, que los procesos de impugnación de actos de Corporaciones y Fundaciones, por no ser sociedades, en estricta técnica, no se consideran reglamentados por este artículo 438, y su trámite es el establecido para el proceso ordinario, en los artículos 396 y ss. del Código de Procedimiento Civil.

Para la procedencia de la suspensión provisional en la impugnación de los Actos de Sociedades comerciales o simplemente regidas por el Código de Comercio y de sociedades civiles, considero que deben reunirse los siguientes presupuestos:

1. Que la existencia y contenido del Acto cuya suspensión se pide, se encuentren debidamente probadas en el proceso.
2. Que la suspensión sea necesaria para evitar perjuicios graves.
3. Que el Acto objeto de suspensión sea manifiestamente ilegal.

Apenas sí es necesario demostrar la justificación del primero de los requisitos enunciados, bastaría con expresar la afirmación obvia de que no puede ser suspendido lo que no aparezca comprobado en su existencia y en su contenido; la lógica más elemental indica que primero hay que acreditar el acto para luego suspenderlo y que sería absurdo proceder exactamente al contrario, ésto es, suspender sin tener conocimiento del mismo, por no haber sido aportada la prueba documental pertinente.

Se podrá observar, mediante una sencilla tarea de verificación, si existe en el proceso, copia debidamente autenticada del acta de la Junta Directiva, Junta de Socios o Asamblea de Accionistas, contentiva del Acto impugnado por el actor, pues éste no puede adjuntar a la demanda una fotocopia informal del acto acusado.

Conviene por otra parte, transcribir lo que a este propósito piensa el tratadista Hernán López Blanco, al cual pertenece el siguiente comentario del Artículo 438 del Código de Procedimiento Civil:

“... Es viable (que el demandante) solicite en el libelo la suspensión provisional (del acto supuestamente perjudicial) y que el Juez resuelva sobre el mismo cuando **reciba la prueba que le permita fundar su decisión** pues debe quedar muy claro que el numeral segundo del artículo 438 del C. de P. C. tan sólo exige que en la demanda se pida la suspensión del acto impugnado pero en parte alguna menciona que deberá resolver de inmediato sobre tal determinación” (“Instituciones del Derecho Procesal Civil” pág. 276). (Paréntesis y subrayas fuera del texto).

De esta breve transcripción se desprende con claridad las siguientes conclusiones:

A. La suspensión es legalmente imposible sin la prueba plena y previa del acto acusado.

B. La suspensión no exige una decisión inmediata, puesto que ésta puede ser tomada (e inclusive sólo debe serlo), cuando se aporte al proceso la prueba que permita adoptar una resolución de tal naturaleza.

Pero, complementariamente, es preciso hacer énfasis en que la medida de la suspensión provisional, tal como lo ordena expresamente el inciso Segundo del Artículo 438 del C. de P. C., debe estar justificada por la necesidad de evitar perjuicios graves; sucede, empero, que en el expediente debe existir prueba de tales perjuicios, de la índole de éstos y de su gravedad.

Suspender, por tanto, un acto sin conocer de su existencia y sin la prueba de que sea gravemente perjudicial para el demandante, atentaría contra lo preceptuado como prerequisite de la suspensión en el artículo 438 del C. de P. C.

Finalmente, no sería procedente la suspensión si, luego de un examen preliminar del acto, no aparece en forma ostensible su ilegalidad.

Es ésta una conclusión que se impone aún cuando el Artículo 438 no haga referencia a ella, por dos razones:

a. Sería absurdo que al Juez se le permitiera suspender un acto a pesar de no encontrar en él "prima facie", una ilegalidad notoria.

b. Es ésta una consideración que en el derecho administrativo (en el que tal medida es mucho más frecuente que en el derecho comercial y por lo tanto bastante mejor estudiada) no admite discusión alguna.

Bastaría estudiar a este propósito, no sólo la reiterada y explícita jurisprudencia del H. Consejo de Estado, sino además la fórmula lacónica pero terminante del artículo 152 del nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto No. 1 de 1984), cuyos incisos 2 y 3 exigen para la viabilidad de la suspensión provisional "manifiesta violación de una norma superior, que se puede percibir a través de una **sencilla comparación**, o del examen de las pruebas aportadas" (subrayo).

Frente al vacío existente en el Derecho Privado en torno a este punto, nada impide, con fundamento en los principios de la integración del derecho, aplicar esta norma del Código Contencioso Administrativo, la cual, por otra parte, tiene una justificación indiscutible.

Y conviene observar, en cuanto al punto de los perjuicios anteriormente analizados, que este mismo artículo 152 exige, cuando no se trate de acciones de simple nulidad, que el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor aparezca comprobado, así sea sumariamente.

Las ideas expuestas sobre "Suspensión provisional del Acto Acusado", tienen coautoría del doctor ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ y constan en un proceso civil ya culminado en donde actuamos como principal y sustituto.

VIII. La acción de impugnación y su coexistencia con otras acciones

Nos preguntamos si pasado el término de los dos (2) meses para intentar la acción de impugnación contra los actos no solamente nulos absolutamente, sino también, contra los presuntamente ineficaces y contra los inoponibles, según se dejó expuesto al analizar la procedencia de la acción de impugnación contra ellos, y ésta no se intenta, quedará en firme el acto y no será susceptible de enervarse por otra acción legal?

Para analizar el punto, consideramos, nuevamente que es necesario distinguir las especies de anomalías que pueden surgir del acto que no fue impugnado dentro del término del artículo 191 del C. de Co., así:

- a. Anomalía por inexistencia, ineficacia o inoponibilidad.
- b. Anomalía por nulidad absoluta o relativa.

A. Anomalía por inexistencia o ineficacia o inoponibilidad

El tema es tratado y resuelto así por el doctor ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ, que por ser en mi concepto, tan claro y exacto, lo transcribo en su texto y lo tomo como propio:

"Existe un primer caso que parece estar completamente claro: Si la decisión es inexistente, ineficaz o inoponible, la impugnación es posible en cualquier tiempo, porque, no siendo estrictamente necesaria la declaración judicial, estas anomalías permanecen intactas, con todo su poder destructor, aunque el tiempo haya transcurrido sin invocar la intervención del Juez.

"En otros términos: Sería contradictorio darle a la inexistencia, la ineficacia y la inoponibilidad, como en efecto les da el Código, operancia de pleno derecho, automática, sin necesidad de intervención judicial. . ." y al mismo tiempo afirmar que estas sanciones legales no pueden ser invocadas ante la Justicia". (Revista del centro de estudios de Derecho Procesal. Revista Temas Procesales No. 2, abril de 1985, pág. 34 y 35).

Comparto íntegramente el concepto transcrito del profesor GAVIRIA GUTIERREZ, por cuanto en estos tres (3) eventos la sentencia judicial es meramente declarativa, es decir, su función se remonta a confirmar la existencia de unos hechos o conductas previstos como supuesto de unas normas jurídicas a los cuales la Ley les atribuye como consecuencia: La nada para el acto inexistente; o la absoluta imposibilidad de producir efectos jurídicos para la inefica-

cia; o la no exigibilidad de los efectos para los actos inoponibles frente a los terceros.

En otras palabras: la intención de la jurisdicción en estos tres (3) casos es meramente verificadora de que un acto jurídico nunca ha producido ni puede producir efectos jurídicos por expresa prohibición legal, al tenor de lo dispuesto en los artículos 897, 898 y 901 del C. de C.

B. Anomalía por nulidad absoluta o relativa

En la acción de nulidad absoluta, según el artículo 1.746 del Código Civil, aplicable a los asuntos mercantiles por remisión expresa del artículo 822, inciso 1o., del Código de Comercio, se busca “. . . Ser restituído al mismo estado en que se hallaría si no hubiere existido el acto o contrato nulo. . .”.

En los actos comerciales y civiles hay nulidad absoluta cuando:

1. Se contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa.
2. Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y
3. Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

El profesor JOSE GABINO PINZON al tratar el tema de la impugnación de decisiones de Asamblea expresa:

“... Uno de los vacíos más graves de la legislación comercial anterior era la falta de acciones de impugnación de las decisiones de una Asamblea General, sujetas a una tramitación breve y con términos de **prescripción también breves**, para facilitar una adecuada protección de los socios y para clausurar en corto tiempo la posibilidad de tales impugnaciones.

“Porque las acciones ordinarias de nulidad destinadas a retrotraer las cosas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto o contrato nulo...” resultan medidas de protección muy demoradas en la vida práctica, especialmente en el mundo de los negocios, en el cual es verdad que el tiempo es tan valioso como el oro...” (subrayo). (Sociedades Comerciales. Tomo I. Editorial Temis, Bogotá, 1982, pág. 179-180).

Resulta de lo transcrito que el Profesor GABINO PINZON encuentra benéfica la innovación del actual Código al introducir: “. . . acciones de impugnación sujetas a una tramitación breve y con términos de prescripción (caducidad diríamos nosotros) también breves. . .”, razón por la cual en su concepto este término de dos (2) meses para impugnar las decisiones es perentorio por cuanto tiende a “. . . facilitar una adecuada protección a los socios y para clausurar en corto tiempo la posibilidad de tales impugnaciones”.

Así, considera el autor citado que vencido el término de los dos (2) meses, no es posible intentar ninguna acción no sólo contra los actos nulos sino, que además, ni siquiera contra los actos llamados por la Ley inexistentes, ineficaces o inoponibles.

El profesor DEVIS ECHANDI al comentar el artículo 438 del C. P. C., se muestra igualmente partidario del corto lapso de caducidad establecido para la impugnación de actos de las sociedades, cuando afirma:

“... Tratándose de cuestiones que se relacionan con la validez de los actos que ejecutan los órganos de las sociedades, **no era conveniente** dejar un término largo para que se formulara la demanda, porque la vida del comercio exige una rápida definición” (Compendio de Derecho Procesal. Editorial A. B. C. Bogotá, 5a. edición. Tomo II, pág. 523). (Subrayo).

Las razones expuestas, por estos tratadistas, respecto al término de **caducidad** de la acción prevista en el artículo 191 del Código de Comercio para la impugnación de acuerdos de Asambleas de Accionistas y Juntas de Socios o Resoluciones de Juntas Directivas, no son compartidas por el tratadista ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ, quien expresa:

“... Ahora bien, si se trata de las nulidades propiamente tales, es decir, de decisiones afectadas, no va por la inexistencia, la ineficacia o la inoponibilidad, sino por la nulidad, el mismo OTAEGUI señala que cuando dicha nulidad tenga un fundamento de orden público, como precisamente ocurre con las que derivan su origen de la ilicitud del objeto o la causa, de la violación de una norma imperativa y de la incapacidad absoluta, la acción especial de impugnación, que caduca en el término de dos (2) meses y que se tramita por el procedimiento abreviado, no excluye la acción civil ordinaria, mientras no transcurra el término de prescripción de 20 años.

“Sobre este punto específico Otaegui agrega que la opinión de la doctrina es en general unánime y no podrá ser de otro modo, porque los preceptos de orden público, que tienen como fundamento el interés general de la comunidad, no pueden ser desplazados por normas que, como las atinentes a la acción especial de impugnación, sólo se inspiran en la protección de los intereses particulares de los socios.

“Una conclusión contraria tendría que dar por legítima y definitivamente consolidada la decisión de la Asamblea de Accionistas o Juntas de Socios que ordenará el comercio de estupefacientes o la importación de mercancías de contrabando, por el solo hecho de que, una vez transcurridos los dos (2) meses, nadie la hubiere impugnado.

“Para mayor claridad conviene transcribir la opinión de Otaegui —continúa diciendo el profesor GAVIRIA GUTIERREZ “. . . Lo expuesto nos ratifica en el convencimiento de que la acción de impugnación de nulidad de la L. S. Art. 251, no excluye la acción de nulidad del C. Civil, imprescriptible e inconfirmable en el caso de una resolución cuyo objeto o contenido sea contrario al orden público o a régimen societario aunque no existe una mención expresa al respecto de la Ley”.

“Hay opinión concordante en el sentido de que el plazo de caducidad de la Ls. Art. 251, no es aplicable al supuesto de decisiones Asambleas violatorias de normas de orden público”.

“Así, que como conclusión final, podría decirse que el hecho de facilitar a los socios la impugnación de las decisiones de las Asambleas o Juntas no debe ser interpretado en modo alguno como la suspensión de las demás acciones ordinarias que la Ley les concede para los casos de inexistencia, ineficacia, inoponibilidad y nulidad absoluta”.

La tesis sostenida por el doctor GAVIRIA GUTIERREZ, no la compartimos en lo que respecta al término posible de prescripción ordinaria de las acciones civiles para instaurar la acción de impugnación contra Actos de Asambleas, Juntas de Socios y Juntas Directivas por las razones que más adelante se expondrán al hablar de lo benéfico del término de los dos (2) meses como tiempo límite para impugnar actos VICIADOS DE NULIDAD ABSOLUTA y al defender las posiciones doctrinarias que sobre este mismo punto mantienen los profesores GABINO PINZON y DEVIS ECHANDIA.

Una vez expuestas las posiciones doctrinarias que mantienen estos tres (3) tratadistas nacionales sobre la posibilidad de instaurar otras acciones distintas a la acción consagrada en el artículo 191 del C. de Co., examinaremos los siguientes conceptos:

En estricta técnica, el acto nulo, es acto jurídico válido, aunque anulable. Por ello, produce todas las consecuencias jurídicas a que está dirigido o destinado, y es función de la jurisdicción declarar su invalidez para que así el afectado pueda “. . . ser restituído al mismo estado en que se hallaría si no hubiera existido el acto o contrato nulo. . .” según dice el artículo 1746, citado.

Igual parecer mantiene sobre el particular los tratadistas nacionales G. OSPINA F. y E. OSPINA A., quienes expresan:

“. . . En todos estos casos, el acto deviene ABSOLUTA o RELATIVAMENTE NULO. Existe y produce efectos jurídicos mientras su nulidad no sea judicialmente declarada, pudiendo ocurrir **que el acto sobreviva a sus vicios y defectos, si no es atacado dentro de los términos de prescripción (o caducidad) de las correspondientes acciones de nulidad**”. (Subrayas y paréntesis nuestros. Mayúsculas del texto). (Guillermo Ospina)

na F. y Eduardo Ospina A., Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Segunda ed. Temis. Bogotá, 1983, pág. 86).

De lo expuesto, se colige que el acto jurisdiccional no se limita a verificar, como en los otros casos, unos supuestos de hecho y a confirmarlos, sino que se le pide al Juez que haga cesar el acto válido anulable y que por tal razón, al declararlo así, se retrotraiga en el tiempo los efectos producidos por el acto como "Si no se hubiere existido".

En la impugnación de actos de Asambleas de Accionistas, Juntas de Socios o Juntas Directivas, la nulidad absoluta, en estricta técnica se genera por rebasar la decisión, los límites de los estatutos o la Ley, o bien, por haber sido adoptada sin los votos necesarios, o por tener objeto o causa ilícita o cuando haya sido celebrado por persona absolutamente incapaz.

En estos casos, la decisión adoptada por el órgano no es aparente, como en los otros casos, es real, y produce efectos en el tiempo; la declaración judicial para que cese en sus efectos es absolutamente indispensable todo lo contrario a lo dicho sobre las otras anomalías citadas; concurrir ante la judicatura para solicitar su decreto, no es un acto meramente voluntario para obtener certeza; es indispensable y esencial para que el acto no continúe produciendo efectos. A partir de la sentencia constitutiva que hace cesar la nulidad, hay una situación jurídica NUEVA.

La acción constitutiva es denominada por los procesalistas colombianos como "Acción de Acertamiento Constitutivo", esta acción da origen al proceso constitutivo.

En el ejercicio de esta acción constitutiva se propende a que por una sentencia se declare la constitución, la extinción y la modificación de un estado jurídico.

EDUARDO DE J. COUTURE define esta acción diciendo que busca crear un estado jurídico nuevo, sea haciendo cesar el existente o modificándolo o sustituyéndolo por otro.

En otras palabras, se busca "que dicha relación sea reemplazada, alterada, y que se dé entrada a las consecuencias de la nueva, desplazando los efectos de la primitiva". (Hernando Morales M. Curso de Derecho Procesal Civil).

CHIOVENDA expresa que se requiere el proceso constitutivo cuando los bienes o la situación no pueden conseguirse sino por el proceso.

Son ejemplos de sentencias constitutivas según HERNANDO MORALES MOLINA las que declaran la emancipación del hijo, la suplantación de parto, la disolución de la Sociedad conyugal, el límite de dos o más predios, la división, la nulidad, la simulación (Curso de Derecho Procesal Civil, 8a. Ed. Bogotá, 1983, pág. 498).

Personalmente, no comparto la tesis de los profesores GABINO PINZON y DEVIS ECHANDIA, en cuanto a la imperiosidad de que los actos inexistentes, ineficaces o inoponibles, provenientes de Asambleas, Juntas de Socios o Juntas Directivas, sean sólo atacables en el breve lapso de dos (2) meses, porque según se expresó la función jurisdiccional en estos casos es meramente discrecional de las partes, para obtener certeza en la anomalía, no porque la decisión jurisdiccional buscada implique cesación en los efectos del acto inexistente, ineficaz o inoponible, porque por **disposición legal imperativa** estos actos nunca pudieron producir efectos, bien porque el acto jurídicamente no existe; bien, porque aún existiendo el acto, éste no produce efectos, o bien porque la situación creada por el acto no puede exigírsele a terceros.

Comparto, sí, íntegramente, la posición doctrinaria de los distinguidos autores en lo que se respecta a la imposibilidad de atacar el acto afectado de **nulidad absoluta** una vez vencido el término de los dos (2) meses que se establece en el artículo 191 del Código de Comercio, por las siguientes razones:

A. En estricta técnica el término de dos (2) meses del artículo 191 y la acción allí establecida sólo es necesaria e imprescindible para los actos viciados de nulidad, absoluta o relativa, no para los inexistentes, ineficaces e inoponibles para los cuales es sólo una medida de certeza o seguridad, no de necesidad imperiosa, para enervar sus efectos, ya que nunca por disposición legal los han tenido; contrario ocurre con la nulidad absoluta; allí la función jurisdiccional de decretar la nulidad **sí es esencial, de necesidad**, por cuanto el acto no **solamente existe, sino que por disposición legal produce efectos, la sentencia es constitutiva, no declarativa**; ella **constituye por sí misma una situación jurídica nueva que en el campo del derecho implica el que tengan que retrotraerse los efectos del acto como si nunca hubiera existido, respetando los derechos adquiridos por terceros de buena fe que derivaron su derecho de un acto válido y eficaz, aunque anulable.**

B. Los actos inexistentes, ineficaces o inoponibles, por disposición legal, lo son en todo tiempo, dentro de los dos (2) meses o después de ellos, y por ello, no veo obstáculo legal para que, por certeza y seguridad, sean demandados en cualquier tiempo aunque haya vencido el término de los dos (2) meses establecidos en el artículo 191 del C. de Co.

En cuanto a los actos válidos y efectivos, aunque anulables, considera la Ley que por seguridad jurídica de los accionistas, socios, administradores o Revisores Fiscales y de los propios terceros, deben establecerse términos perentorios para que pasados éstos, se consideren consolidados, inimpugnables; máxime tratándose de actos comerciales en donde como dice el Profesor GABINO PINZON: “. . . El tiempo es tan valioso como el oro. . .”; lo contrario sería el caos y la anarquía en la rápida y acelerada actividad mercantil, que no soportaría una caducidad para las acciones de impugnación, según el término establecido para la acción civil ordinaria.

C. Una tercera razón, para sostener la posición de que no es posible impug-

nar las decisiones de órganos sociales, distintos a los expedidos por Corporaciones y Fundaciones, que estén viciados de NULIDAD ABSOLUTA pasados los dos (2) meses indicados en el Artículo 191 del C. de Co., sería la estatuida en el Artículo 6o. del C. de P. C., que dice:

“... Las normas procesales son de orden público y por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la Ley.

“Las estipulaciones que contraigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas”.

De lo cual resulta:

1. El Artículo 191 del C. de Co., al fijar un término para la instauración de una acción judicial, es norma imperativa de naturaleza claramente procesal, al igual que las normas procesales sobre concordatos, quiebras, regulación por peritos, etc., todas ellas establecidas en el Código de Comercio.

2. Este artículo 191 del C. Co., es por tanto, norma de Orden Público y “... por consiguiente de obligatorio cumplimiento...”, según lo establecido en el Artículo 6o. del C. P. C.

3. Por ello, cualquier interpretación doctrinaria o “... estipulaciones (contractuales) que contraigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas”, según reza el texto del mismo artículo 6o. del C. P. C., citado. (Paréntesis fuera).

Para concluir este punto estimo, en consecuencia, que es posible la coexistencia de la acción de impugnación establecida en el Artículo 191 del C. de Co. con la acción civil ordinaria para los actos aparentes sancionados como inexistentes, para los actos ineficaces y para los actos inoponibles expedidos por los órganos de sociedades comerciales y asimiladas; por el contrario, no es posible la coexistencia de la acción de impugnación establecida en el Artículo 191 del C. de Co., con la acción civil ordinaria para los actos VICIADOS DE NULIDAD ABSOLUTA o RELATIVA, expedidos por órganos de sociedades comerciales asimiladas en el Código de Comercio, por las razones atrás expuestas:

Lo dicho, por cuanto el artículo 191 del C. de Co., **no es aplicable** a los casos de inexistencia, ineficacia o inoponibilidad por cuanto la sanción para estos actos está consagrada en los artículos especiales como son el 897, 898 y 901, del mismo Código, normas imperativas y de forzoso cumplimiento y la acción para VERIFICAR su ocurrencia como anomalías o sanciones de los actos jurídicos, puede ser también la acción civil ordinaria por su parte, el artículo 191, **sólo resulta aplicable** a los actos de sociedades en general, que estén viciados de nulidad absoluta o relativa, término de caducidad el establecido en este artículo que, para estos casos es inexorable, según se desprende de lo que analizaremos a continuación:

Garantiza en parte lo concluído, el pensar que de no ser así sería completamente inocuo el texto del artículo 191 que estableció el término de una caducidad; norma imperativa y de orden público, a la que no aparece desatender el intérprete o Doctrinante de conformidad con lo establecido en el Artículo 6o. del C. P. Civil, cuando preceptúa su "Obligatorio Cumplimiento".

IX. Caducidad en el Artículo 191 del Código de Comercio

Dentro de la historia legislativa de nuestro país no se ha presentado claramente la diferencia existente entre los fenómenos de CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN extintiva, ha sido más bien la Doctrina la que se ha tomado el cargo de diferenciar entre estas dos Instituciones Jurídicas, aunque valga la verdad, sin resultados muy fehacientes o contundentes.

De allí, el grado de dificultad que existe en el actual estado de la legislación, para plasmar con nitidez el contenido de una y otra figura, cuyos efectos legales, por lo demás, son muy similares.

RAIMUNGO SALVAT define la caducidad, objeto de concreto interés para nosotros, como:

"... El plazo acordado por la Ley, por la convención o por la autoridad judicial, para el ejercicio de una acción o un derecho".

(Raimungo Salvat, Tratado de Derecho Civil, Argentina, Buenos Aires. Tipografía Editora Argentina, 1956, T. III, pág. 683).

Por su parte, nuestro actual Código de Procedimiento Civil en sus Artículos 85 y 97, alude a esta institución procesal. El artículo 85 expresa que:

"... El Juez rechazara IN LIMINE la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia, y en los procesos en que exista **término legal de caducidad** para intentarla, cuando de ella o de sus anexos parezca que dicho término está vencido. . ." (subrayas nuestras, mayúsculas del texto).

Por su parte, el Artículo 97 del C. C. P., establece en su último inciso:

"... También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción, prescripción y **caducidad** (subrayas nuestras).

Sólo estos dos (2) artículos contienen referencias a la caducidad como término procesal en Colombia, pero también, de estas dos normas se infiere que el legislador los trata como Instituciones diferentes.

Nuestra Corte Suprema ha definido la caducidad como una figura que "la consagra la Ley en forma objetiva para la realización de un acto jurídico o un

derecho, de suerte que el plazo prefijado **sólo indica el límite** del tiempo dentro del cual puede válidamente expresarse la voluntad inclinada a producir el efecto del derecho privado". (Corte Suprema de Justicia. Sent. de octubre 1o. de 1946, Ponente Dr. Ramón Miranda, publicada en "G. H.". T. LXI, pág. 583 y 584).

Corresponde pues, ahora, investigar si el término establecido en el Artículo 191 del C. de Co., es un término de caducidad o un término de prescripción extintiva.

Recordamos que en nuestro Ordenamiento la prescripción extintiva siempre debe ser alegada por quien desea hacerla valer como tal y que su decreto pone fin a la acción afirmada, aunque subsiste como obligación natural; el fin de la prescripción es tener extinguido un derecho por el no ejercicio de su titular dentro de un período determinado.

Por su parte, según lo ha dicho nuestra Corte, en el aparte citado, la caducidad tiene por finalidad preestablecer el tiempo en el cual **el derecho** puede ser ejercicio legalmente; la caducidad puede no ser alegada y el Juez debe decretarla de oficio, bien sea rechazando "in Limine" la demanda, cuando el fenómeno aparezca demostrado en ella o en sus anexos, o en cualquier estado del proceso; igual situación sucede con la persona interesada en proponerla, quien puede hacerlo en cualquier tiempo, aún en el alegato de conclusión, por contraposición a la prescripción extintiva que si no se alega por acción o por excepción en la contestación a la demanda, proponiéndola como previa o no, es imposible su declaratoria; de otro lado, la caducidad no genera siquiera obligación natural, ha dicho la Doctrina, ante la falta de norma que así lo exprese.

De lo expuesto resulta que por semejanza con las características de la caducidad, el término de dos (2) meses establecido en el Artículo 191 del C. de Co. más parece una típica figura de caducidad que de prescripción y así lo ha entendido el H. Tribunal Superior de Medellín.

Se afirma así, en nuestro sentir, la tesis de que vencido este término se extingue absoluta, inmediata y definitivamente el derecho a impugnar las decisiones válidas, aunque anulables, absoluta o relativamente adoptadas por una Asamblea de Accionistas, Junta de Socios, Junta Directiva y respecto de las cuales es indispensable, imprescindible la decisión judicial que hace cesar los efectos del acto viciado de nulidad absoluta.

Los actos inexistentes, ineficaces o inoponibles de fondo o de forma lo son en todo tiempo, antes de los dos (2) meses y después de ellos, razón por la cual, este término de caducidad de los dos (2) meses frente a ellos no opera por disponerlos así el Artículo 897, 898 y 901 del mismo Código de Comercio, normas imperativas, al igual que el propio Artículo 191, y además especiales y posteriores en su orden a aquel.