



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Aplicación del Test de Resistencia en los supuestos  
tipificados en el 139º y el 150º de la Ley General de  
Sociedades**

Tesis para optar el Título de  
Abogado

**Aura Liliana Hurtado Castillo**

Asesor(es):  
Dra. Lorena Cecilia Ramírez Otero

Piura, junio de 2019



*A mi familia, amigos y colegas.*





*Agradecimientos a Lorena Ramírez, María Yábar, Rossana Natteri, Vladimir Popov, Joe Navarrete por su apoyo durante la elaboración de este trabajo, así como en la revisión del mismo.*





## Aprobación

La tesis titulada "Aplicación del Test de Resistencia en los supuestos tipificados en el 139° y 150° de la Ley General de Sociedades" presentada por la Bachiller Aura Liliana Hurtado Castillo, con DNI N° 46968542, en cumplimiento a los requisitos para optar por el título de Abogado, fue aprobada por el asesor oficial Dra. Lorena Cecilia Ramírez Otero el 08 de abril de 2019.

LORENA CECILIA RAMÍREZ OTERO

DNI N° 02848574





## Resumen Analítico-Informativo

**Aplicación del Test de Resistencia en los supuestos tipificados en el 139° y el 150° de la Ley General de Sociedades**

**Aura Liliana Hurtado Castillo**

**Dra. Lorena Cecilia Ramírez Otero**

**Tesis de título**

**Abogado**

**Universidad de Piura. Facultad de Derecho**

**Piura,**

**Palabras claves:** Acuerdos Societarios, Nulidad e Impugnación, Test de Resistencia.

**Descripción:** Tesis de grado en Derecho perteneciente a la línea de investigación de la impugnación de acuerdos societarios tratados en la rama del Derecho Comercial. La autora presenta una investigación acerca de la factibilidad de la aplicación del Test de Resistencia en los supuestos establecidos en el artículo 139° y el 150° de la LGS.

**Contenido:** El texto de la tesis está dividido en cuatro partes. En la primera, se verifican las condiciones generales del negocio jurídico y se indican los efectos de la nulidad e impugnación. La segunda, se refiere a la definición, fundamento y finalidad del Test de Resistencia. En la tercera, se analiza la factibilidad de la aplicación del Test de Resistencia en cada uno de los supuestos contemplados en los artículos 139° y 150° de la LGS. Finalmente, en la cuarta parte se revisa la jurisprudencia comparada sobre la aplicación del Test de Resistencia.

**Metodología:** Método analítico, enfoque deductivo.

**Conclusiones:** Es factible la aplicación del Test de Resistencia bajo determinados supuestos para preservar los acuerdos societarios.

**Fuentes:** Doctrinaria, jurisprudencial y normativa.

**Fecha de elaboración del resumen:** 29 de marzo de 2019

## Analytical-Informative Summary

**Application of the Resistance Test in the cases defined in the 139th and 150th of the General Corporation Law.**

**Aura Liliana Hurtado Castillo**

**Advisor: Dra. Lorena Cecilia Ramírez Otero**

**Thesis**

**Lawyer**

**Universidad de Piura. Facultad de Derecho**

**Piura,**

**Keywords:** Corporate Agreements, Nullity and Dispute, Resistance Test.

**Description:** This thesis belongs to the line of investigation of the dispute of Corporate Agreements in Commercial Law. The author presents an investigation about the feasibility of the application of the Resistance Test in the cases established in article 139° and 150° of the General Corporation Law.

**Content:** The text of the thesis is divided into four parts. In the first, the general conditions of the legal transaction are verified and the effects of the nullity and objection are indicated. The second refers to the definition, legal ground and purpose of the Resistance Test. In the third, the feasibility of the application of the Resistance Test is analyzed in each of the cases contemplated in articles 139° and 150° of the General Corporation Law. Finally, in the fourth part, it is reviewed the comparative jurisprudence on the application of the Resistance Test.

**Methodology:** Analytical method, deductive approach.

**Conclusions:** The application of the Resistance Test is feasible under certain circumstances to preserve the corporate agreements.

**Sources:** Doctrinal, jurisprudential and normative.

**Summary Date:** March 29<sup>th</sup>, 2019.

## Tabla de contenido

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Introducción .....</b>  | <b>1</b>  |
| <br>   |           |
| <b>Capítulo 1 Consideraciones generales sobre el negocio jurídico.....</b>                             | <b>3</b>  |
| 1. Principio de conservación del negocio jurídico en el ámbito societario .....                        | 3         |
| 2. Efectos de la nulidad e impugnación de acuerdos societarios .....                                   | 9         |
| <br>   |           |
| <b>Capítulo 2 El Test o la Prueba de la Resistencia .....</b>  | <b>17</b> |
| 1. Definición de Test o Prueba de Resistencia .....  | 17        |
| 2. Fundamento para su aplicación .....   | 24        |
| 2.1. Características de la Junta General de Accionistas.....   | 25        |
| 2.2. La colegialidad y el Principio de mayoría en la formación de la voluntad social.....              | 26        |
| 3. Finalidades de la aplicación de Test de Resistencia en el ámbito societario .....                   | 29        |
| <br>   |           |
| <b>Capítulo 3 Aplicación del Test de Resistencia .....</b>   | <b>31</b> |
| 1. Supuestos que no admiten la aplicación del Test.....  | 34        |
| 1.1. Normas Imperativas.....   | 34        |
| 1.2. Acuerdos contrarios a las normas de publicidad .....  | 35        |
| 1.3. Acuerdos contrarios al Estatuto o Pacto Social .....  | 37        |
| 1.4. Acuerdos contrarios a la LGS en virtud del 139° .....   | 38        |
| 1.5. Acuerdos que lesionen el interés social en beneficio directo o indirecto de uno o más socios..... | 40        |
| 1.6. Acuerdos contrarios al orden público y a las buenas costumbres .....                              | 41        |
| 1.7. Cuando el acuerdo es celebrado por agente incapaz .....   | 42        |
| 1.8. Cuando su fin sea ilícito .....   | 43        |
| 1.9. Cuando no guarde la forma prescrita bajo sanción de nulidad.....                                  | 44        |
| 1.10. Cuando la ley lo declare nulo .....  | 45        |
| 2. Supuestos que admiten la aplicación del Test.....   | 45        |
| 2.1. Acuerdos contrarios al Orden Público.....   | 45        |
| 2.2. Falta de manifestación de voluntad .....  | 47        |
| 2.3. Sujeto Incapaz.....   | 48        |

|  |           |
|--|-----------|
| 2.4. Acuerdos incursos en causal de anulabilidad prevista en la LGS o CC.....              | 49        |
| <b>Capítulo 4 Jurisprudencia sobre la Aplicación Práctica del Test de Resistencia.....</b> | <b>51</b> |
| 1. En España .....   | 51        |
| 2. En Alemania .....   | 53        |
| 3. En Italia.....  | 54        |
| 4. En Perú.....  | 55        |
| <b>Conclusiones .....</b>  | <b>57</b> |
| <b>Referencias bibliográficas.....</b>   | <b>59</b> |



**Lista de tablas**

|          |  |    |
|----------|--|----|
| Tabla 1. | Relación aritmética entre las posiciones respecto de la adopción de un acuerdo.....      | 18 |
| Tabla 2. | Relación aritmética tras la aplicación del Test de Resistencia al Primer supuesto .....  | 18 |
| Tabla 3. | Relación aritmética tras la aplicación del Test de Resistencia al Segundo supuesto ..... | 19 |



**Lista de figuras**

Figura 1. Aplicación conjunta de los supuestos de los artículos 139 LGS y 150 LGS..... 33



## Introducción

Es innegable la trascendencia de las sociedades mercantiles en el crecimiento económico de cada país. Ello por diversas razones tales como ser foco receptor de inversiones, ser fuente de trabajo, ser factor de desarrollo industrial, entre otras.

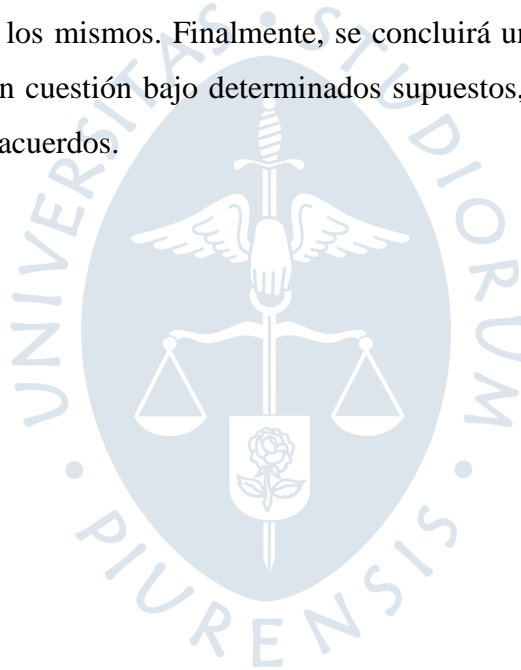
Los negocios que se realizan con ocasión de los acuerdos adoptados, no sólo importan al beneficio de las sociedades sino también al bienestar de la economía nacional en general. Esto es, si las empresas crecen económicamente también lo hace la economía de un país. Por ello, los agentes que interactúan con ellas y, más aún, quienes participan en ellas deben procurar la agilización e idoneidad de sus operaciones, aprobadas previamente en no pocos casos a través de acuerdos societarios. Así, el Estado, desde su posición legislativa y judicial, deberá promover a través de disposiciones legales, un ambiente idóneo para la concertación de negocios. En el caso de haber sido adoptados ya ciertos acuerdos societarios, en cumplimiento del principio de seguridad jurídica, así como de celeridad del tráfico mercantil, deberá tenderse la preservación de los mencionados acuerdos, procurándose incluso su subsanación, salvaguardando así también la utilidad social que importan.

Cabe precisar además que, pese a la exigencia de dinamismo y celeridad de los negocios mercantiles, el principio de seguridad jurídica impedirá que la preservación de los acuerdos societarios vulnere los derechos de terceros, cuando éstos los hayan adquirido bajo la presunción de haber actuado conforme al Derecho. Es precisamente al amparo de este principio, que los agentes económicos intervienen en el mercado realizando nuevas contrataciones, formándose así una cadena contractual donde adquieren derechos. Así, cualquier cuestionamiento de la validez de un contrato y la posterior declaración de nulidad del mismo, implicaría la interrupción de esta cadena. Consecuentemente, los efectos del contrato declarado nulo se retrotraerían a la celebración del mismo (*efectos ex tunc*), alterándose también los efectos de los contratos posteriores adoptados en base a él.

Esta situación indeseable para las contrataciones, no se suscitaría en un utópico contexto donde la validez de los negocios jurídicos fuese declarada previamente al inicio de la producción de sus efectos y a la posibilidad de contratar posteriormente en base a la materialización de estos efectos. No obstante, analizar la validez de todos los negocios celebrados sería una actividad contraproducente para el tráfico mercantil, pues se ralentizaría cualquier nueva contratación en base al negocio analizado.

Se infiere de todo ello que, la celeridad del tráfico mercantil exige la materialización del principio de seguridad jurídica, el cual, a su vez, implica que las alternativas<sup>1</sup> para la protección de los derechos adquiridos en base a una actuación conforme a derecho, no puedan convertirse en mecanismos para cuestionar *sine dia* la validez de los negocios jurídicos y, en consecuencia, alterar así el tráfico mercantil.

Recogiendo estas cuestiones de practicidad concordantes con la economía procesal y la celeridad del tráfico mercantil, es que la presente investigación tiene por objetivo salvaguardar la utilidad social de los negocios y actos jurídicos, específicamente la de los acuerdos sociales que, habiendo sido adoptados, intentan ser cuestionados bajo el amparo de los artículos 139° y 150° de la LGS. Para ello, se analizarán los supuestos de impugnación contenidos en los artículos antes mencionados y se evaluará la factibilidad de la aplicación del Test de Resistencia a los mismos. Finalmente, se concluirá una postura que proponga una aplicación del Test en cuestión bajo determinados supuestos, ello con la finalidad de preservar ciertos tipos de acuerdos.



---

<sup>1</sup> Refiriéndonos a las acciones de nulidad, impugnación o incluso a una medida cautelar tramitadas en la vía judicial.

## Capítulo 1

### Consideraciones generales sobre el negocio jurídico

#### 1. Principio de conservación del negocio jurídico en el ámbito societario

Los negocios son un factor que importa al crecimiento económico al ser fuente de trabajo y de desarrollo industrial. Y para garantizar los efectos de estos negocios y su adecuación al derecho, es necesario instaurar una regulación legal pertinente. En ese sentido, en economías emergentes como la nuestra debe regir una legislación que garantice el desarrollo de las operaciones económicas, aprobadas en no pocos casos a través de acuerdos societarios. Así, estos acuerdos gozan de la protección de la categoría de negocios jurídicos<sup>2</sup> al encontrarse subsumidos dentro de ella. No obstante, al mismo tiempo tendrán un revestimiento especial, tal como se explicará en el presente apartado.

Cualquier país organizado bajo el régimen de Estado de Derecho exige la aplicación objetiva de la Ley<sup>3</sup>, de manera que quienes se encuentran vinculados a su cumplimiento conozcan sus derechos y obligaciones. Teniendo en cuenta que este régimen subyace en el reconocimiento de la justicia y de la igualdad, resulta exigible la materialización del principio de seguridad jurídica. Este principio reconocido implícitamente en la Constitución Política del Perú y que irradia a todo el ordenamiento jurídico, garantiza el derecho adquirido de quien actúa bajo la creencia de haberlo hecho conforme al derecho válido<sup>4</sup>.

No obstante, para plasmar seguridad jurídica se requiere de la aplicación conjunta del principio de predictibilidad –referente al conocimiento de los efectos de una determinada actuación jurídicamente relevante– y del principio de protección del tráfico jurídico-comercial –en lo que respecta a la preservación de los efectos de cada acto o negocio jurídico–. Consecuentemente, la observancia del Principio de seguridad jurídica y de Protección del Tráfico exige que el Estado promueva a través de disposiciones legales un ambiente idóneo para la concertación de negocios. De modo que, la seguridad jurídica brindada a la protección del tráfico jurídico-comercial garantice que los negocios jurídicos

---

<sup>2</sup> Entendemos por superada la discrepancia doctrinal que intenta definir la naturaleza del acuerdo societario desde distintas perspectivas, entre ellas a) la tesis contractual, b) la tesis del acto unilateral y plurilateral, c) la tesis del acto, único, d) la tesis del negocio jurídico, e) la tesis del acto complejo. Elías Laroza en Román Olivas, M. (2010) El derecho de impugnación de acuerdos societarios. Análisis del régimen jurídico de impugnación e invalidez de los acuerdos adoptados por la junta general de socios. Trujillo: Grijley EIRL pág. 38.

<sup>3</sup> De Pomar Shirota, J. (1992). Seguridad Jurídica y régimen constitucional.

<sup>4</sup> Castillo Córdova, L. (2014) Ser y deber ser en los Procesos Constitucionales de la Libertad. *Pensamiento Constitucional* N° 19, pp. 265-284/ISSN 1027-6769, pp. 269.

celebrados, desplieguen sus efectos tal y como han previsto la voluntad de las partes y la legislación; y procuren a la vez, en la medida de lo posible, su preservación<sup>5</sup>.

Esta predisposición de proteger los negocios jurídicos no es otra cosa más que, el objetivo del Principio general de conservación del acto y negocio jurídico (en adelante, Principio de Conservación). Conforme al fin específico de cada uno de estos principios, resulta evidente que todo Estado, que es y se califica como justo, protegerá las actuaciones realizadas conforme a derecho y preservará los efectos que deriven de las mismas.

Es preciso mencionar que en la exigencia de preservar el negocio jurídico no sólo se advierte una finalidad jurídica sino también una económica. Ello porque además de proteger la estabilidad y la previsibilidad de los efectos de los negocios celebrados, busca mantener de las expectativas que dichos negocios generan en el mercado. Sin profundizar en la importancia que la aplicación del Principio de conservación pueda tener en otras ramas, debe resaltarse que su aplicación repercute en todo el ordenamiento jurídico. Así, en el artículo 14.1<sup>6</sup> de la Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley No. 27444 el Principio de conservación permite la subsistencia de los actos administrativos con vicio no trascendente. Igualmente, en el artículo 173<sup>7</sup> del Código Procesal Civil el mencionado principio permite la producción de los efectos del acto procesal declarado parcialmente inválido. De la misma manera, en el artículo 230 y siguientes<sup>8</sup> del Código Civil, en aplicación del Principio de conservación se permite la confirmación de los actos anulables.

<sup>5</sup> Ver Proceso de Cumplimiento N 018-2003-AI/TC en el que el Tribunal Constitucional indica que “*El establecimiento de las políticas legislativas en materia económica y social implica la determinación de acciones y la preceptuación de derechos y deberes destinados a la obtención del pleno empleo, la extensión del mercado, el fomento de la inversión, la distribución equitativa del ingreso (...)*”

<sup>6</sup> Ver Artículo 14.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley No. 27444 que señala que: “Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

<sup>7</sup> Ver Artículo 173 del Código Procesal Civil que indica que: “La declaración de nulidad de un acto procesal no alcanza a los anteriores ni a los posteriores que sean independientes de aquél. La invalidación de una parte del acto procesal no afecta a las otras que resulten independientes de ella, ni impide la producción de efectos para los cuales el acto es idóneo, salvo disposición expresa en contrario.

<sup>8</sup> Ver Artículo 230 del Código Civil que estipula que “Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo.

Artículo 231.- El acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad.

Formalidad de la confirmación

Artículo 232.- La forma del instrumento de confirmación debe tener iguales solemnidades a las establecidas para la validez del acto que se confirma.

No obstante, la magnitud con la que el Principio de conservación repercute en la legislación societaria, es mucho mayor que en las ramas anteriormente mencionadas. Basta observar lo dispuesto por artículo 135 de la Ley General de Sociedades-Ley No. 26887 (en adelante, LGS) que indica la presunción de validez de los acuerdos societarios (entendidos como negocios jurídicos) al conferirle fuerza normativa al acta suscrita tras la realización de una Junta General<sup>9</sup>. Más aún, a diferencia de su aplicación en el ámbito civil, este principio permite restringir la acción de nulidad que pueda interponerse contra los acuerdos societarios. Así, en el artículo 142 y 150<sup>10</sup> de la LGS se verifica cómo influye el principio de conservación, en la reducción de los plazos tanto para la acción de nulidad como para la acción de impugnación. Precisamente ante la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico, bajo el principio de conservación se ha previsto plazos reducidos de caducidad para las acciones de impugnación y de nulidad en contra de los acuerdos societarios. Las disposiciones antes indicadas permiten verificar que el principio de conservación no solo se extiende al derecho civil, sino que su aplicación en el derecho societario está revestida de mayor trascendencia. Corresponde entonces analizar cómo se aplica el régimen de conservación de los actos en ámbito civil y en el comercial.

En referencia a su aplicación en el ámbito civil, diversos autores teorizan sobre el régimen de los actos y negocios jurídicos cuando su estructura no se ha configurado según lo exigido por el ordenamiento. Así, señala MARÍN PADILLA que el principio de conservación *“tiene múltiples manifestaciones<sup>11</sup> e incluye conceptos como conversión, ratificación, anulabilidad, revisión, simulación relativa, nulidad parcial, etc”*.

<sup>9</sup> Ver Artículo 135 de la Ley General de Sociedades que señala que: *“(…) El acta tiene fuerza legal desde su aprobación”*. Teniendo en cuenta que el contenido del acta, entre otras cosas, recoge los acuerdos adoptados, la aprobación del acta (simultánea a la realización de la Junta General) supondrá la eficacia del acuerdo adoptado salvo medida cautelar. Esto quiere decir que el Principio de conservación no se aplica tras la celebración de un acto para preservar sus efectos, sino que su aplicación es casi simultánea con la celebración del acto pues, permite presumir la validez del mismo. En referencia al Acta en la legislación española, Sánchez Calero refiriéndose a la doctrina unánime indica que ésta ha señalado que la frase *“ [El Acta] tendrá fuerza ejecutiva a partir de la fecha de aprobación”*, no significa que el Acta sea un título pasible de un proceso de ejecución, sino que tal frase afectaba a la eficacia misma. Dicho de otra manera, esta frase se refería a la eficacia del acuerdo en el sentido de la puesta en práctica del mismo, o bien, significaría que, aprobada el acta, su contenido es fiel reflejo de los acuerdos y de los asuntos tratados en junta, o que a partir de la fecha de su aprobación los administradores pueden y deben ejecutar los acuerdos adoptados. Cfr. Sánchez Calero, F. (2007). *La Junta General en las Sociedades de Capital*. Primera Edición. Navarra. p.344 y ss.

<sup>10</sup> La acción de nulidad estará supeditada al plazo de un año desde la adopción del acuerdo, mientras que la de impugnación a los siguientes plazos (i) dos meses si el accionista concurrió a la junta, (ii) tres meses si no concurrió, (iii) un mes si el acuerdo es inscribible. Vid. Artículo 142 y 150 de la LGS.

<sup>11</sup> Si bien este principio tiene varias manifestaciones, ello no implica distintas finalidades. La finalidad común de estas manifestaciones es la conservación del negocio o acto jurídico, así como la preservación de sus efectos. Cfr. Marín Padilla, M. (1990) *El principio de conservación principio de conservación de los actos y negocios jurídicos <<utile per inutile non vitiatur>>*. Barcelona: Bosch. pág. 89

Por su parte BOHORQUEZ ORDUZ señala que “*los negocios jurídicos, salvo en las excepciones legales, siempre están llamados a producir efectos; y aún si adolecen de algún defecto que genere ineficacia tienen vocación de saneamiento*”. Se evidencia en esta postura que el principio de conservación protege los actos y negocios jurídicos que presentan algún defecto no relevante y consecuentemente se admite, en algunos casos, la subsistencia de los efectos jurídicos que puedan derivarse de los mismos.

De lo antes señalado, ambos autores coinciden en que la aplicación del principio mencionado tiene como fin la subsanación y eficacia de los actos y negocios jurídicos. Se infiere que ambas posturas concuerdan en que los actos y negocios celebrados con defectos subsanables no suponen una vulneración al principio de seguridad jurídica, de allí que sea válido proceder con su subsanación y en consecuencia preservar sus efectos.

En referencia a su aplicación en el ámbito comercial, señala SÁNCHEZ-CALERO<sup>12</sup> que el principio de conservación protege la actuación de una sociedad en el tráfico económico y evita las consecuencias de invalidez de los actos jurídicos. Ahora cabe precisar que este principio se aplica a los acuerdos societarios en la medida que éstos son una especie de la categoría del Negocio Jurídico. Al respecto, precisa PEÑAS MOYANO que, en el ámbito societario, los “acuerdos” *son aquellos negocios jurídicos mediante los cuales los miembros o integrantes de los órganos colegiados de una persona jurídica (...) determinan la voluntad de esa persona (...). Así, cuando esa persona jurídica es una sociedad, los acuerdos que adoptan se denominan “acuerdos sociales”*<sup>13</sup>. En la misma línea, URÍA señala que “el acuerdo es un negocio unilateral (...) porque es la declaración de voluntad de una sola parte (la sociedad) y porque además en un acto colegiado en sentido *lato*, es decir, un acto que, aunque se cumpla por una pluralidad de personas (la de los socios que votaron a favor del acuerdo), como estas actúan como componente de un mismo órgano, no pierden su condición unitaria<sup>14</sup>”.

No obstante, la relación género-especie del negocio jurídico con el acuerdo societario, no es la única razón por la que el principio de conservación se aplica en el Derecho comercial. La razón de esta aplicación subyace en las exigencias de los ya mencionados principios de seguridad jurídica y Principio de Protección del Tráfico jurídico-comercial. Ya

---

<sup>12</sup> Cfr. Sánchez Calero, F. (2007). *La junta general en las sociedades de capital*. Madrid: Thomson-civitas. P. 358.

<sup>13</sup> Cfr. Peñas Moyano, B. (2014). Los acuerdos sociales <<Inimpugnables>>: una categoría todavía atípica en derecho español de sociedades, pero ya validada por la doctrina de la <<Prueba o test de resistencia>>. En *Revista de Derecho de Sociedades*. P. 336, citando a ROJO.

<sup>14</sup> URÍA, R. (1995) “Derecho Mercantil” Marcial Pons, Duodécima edición, Madrid, p. 311.

lo advierte SÁNCHEZ-CALERO al indicar que, a diferencia del ámbito civil, la aplicación del principio de conservación permite presumir la validez de los acuerdos societarios y lo torna ejecutables, salvo medida cautelar. Resalta además que, en el caso de acuerdos inscribibles, estos surtirán efectos hasta la inscripción de la respectiva declaración de inexactitud o nulidad<sup>15</sup>.

Dado que los acuerdos sociales están orientados a la consecución del fin societario, la suspensión de sus efectos, así como su posterior declaración de nulidad someterían a la sociedad al estatismo o al retroceso. Para clarificar la magnitud del perjuicio que se puede irrogar a una sociedad, pensemos por ejemplo que en caso se interponga una demanda de nulidad o impugnación en contra de un acuerdo de fusión y se solicite como medida cautelar la suspensión de sus efectos, la sociedad no podrá celebrar en el mercado ningún negocio bajo su nueva forma jurídica. La paralización de la sociedad constituiría una afectación al Tráfico jurídico-comercial y podría condenar a la sociedad a su extinción mucho antes de la determinación de nulidad del acuerdo.

De la misma manera en caso se interponga una demanda de nulidad en contra de acuerdos que versan sobre un patrimonio social en transformación, los efectos de declaración de nulidad se retrotraerán al momento en el que se adoptó el acuerdo. Dado que los efectos de la nulidad son *ex-tunc*, la declaración de nulidad de un acuerdo implicaría una de las más grandes afectaciones a la seguridad jurídica del tráfico, toda vez que existirían negocios jurídicos celebrados bajo la convicción de que el acuerdo adoptado y posteriormente declarado nulo, era válido.

Consecuentemente, la aplicación del principio de conservación al ámbito comercial obedece más que a la calificación del acuerdo societario como un negocio jurídico, a las exigencias del principio de seguridad jurídica y de Protección del Tráfico jurídico-comercial. Precisamente estas exigencias son las que indican la necesidad de contar con un régimen especial de conservación (que incida únicamente en materia comercial), sin suprimir la aplicación supletoria de la dogmática civil del negocio jurídico. Contrario *sensu*, considerar que la aplicación del principio de conservación en el ámbito comercial obedece única y exclusivamente a la calificación del acuerdo societario como un negocio jurídico, exigiría la preferencia de la regulación civil sobre la legislación comercial. Esto último constituiría una

---

<sup>15</sup> Cfr. Sánchez Calero, F (2007). *La junta general en las sociedades de capital*. Madrid: Thomson-civitas. P. 358 y 359.

desnaturalización al derecho de impugnación<sup>16</sup> de acuerdos, toda vez que se admitiría la interposición de acciones de nulidad pasados los plazos establecidos por la ley especial.

Tal como señala SÁNCHEZ-CALERO el principio de conservación permite la eficacia del negocio cuando su irregularidad no sea relevante<sup>17</sup>. Por lo que, siempre que la afectación del acuerdo societario no vulnere la seguridad jurídica, será posible proteger su eficacia y su validez. Ahora cabe precisar que, del mismo principio de seguridad jurídica, emana a su vez la posibilidad de evaluar la validez de los acuerdos y determinar si estos cuentan con los requisitos y presupuestos debidos. Esta posibilidad se materializa en el derecho de impugnación<sup>18</sup>, el mismo que los accionistas pueden ejercer frente al abuso de mayorías y otros bienes jurídicos determinados.

Justamente para limitar el poder de la mayoría en Junta General (que permitiría adoptar un acuerdo y preservar sus efectos) y delimitar los alcances del derecho de impugnación, es que se ha establecido que únicamente cuando se adopten acuerdos subsumibles dentro de los supuestos del 139° y 150° de la LGS, dichos acuerdos estarán sometidos a la posibilidad de ser declarados de nulos tras el ejercicio de la acción de impugnación<sup>19</sup>. Así, el principio de seguridad jurídica delimita el derecho de impugnación, el mismo que sólo podrá ser ejercido en los supuestos contemplados en la LGS, no siendo posible interponer la acción de impugnación frente a acuerdos amparados en supuestos diferentes. En ese sentido, el régimen de impugnación intenta ser coherente con el de conservación de los negocios jurídicos. No obstante, el ejercicio indiscriminado del derecho de impugnación apoyado en la duplicidad de supuestos de nulidad e impugnación, impide en múltiples ocasiones que las sociedades desarrollen su objeto social, el mismo que se alcanza en base a la estabilidad y eficacia de los acuerdos previamente adoptados<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Cfr. Román Olivas, M. (2010) El derecho de impugnación de acuerdos societarios. Análisis del régimen jurídico de impugnación e invalidez de los acuerdos adoptados por la junta general de socios. Trujillo: Grijley EIRL pág. 48.

<sup>17</sup> Cfr. Sánchez Calero, F (2007). *La junta general en las sociedades de capital*. Madrid: Thomson-civitas. P. 358.

<sup>18</sup> Montoya Manfredi precisa que este derecho se ejerce únicamente dentro de los plazos de caducidad indicados para en los supuestos de nulidad e impugnación, con la finalidad de brindar seguridad jurídica en materia societaria. Cfr. Montoya Manfredi, U. (2004) Derecho Comercial. Parte General-Derecho de Sociedades-Derecho Concursal-Derecho del Consumidor- Derecho de la Competencia. Tomo I, Undécima Edición. Lima, p. 229

<sup>19</sup> Vid. *Ibidem*, pp. 352 y 357. Ello se encuentra recogido en el artículo 151 de la LGS donde se establece que el juez no admitirá a trámite la acción que cuestione la validez de un acuerdo, sustentándose en causal diferente a las indicadas en los artículos 139 y 150 de la LGS.

<sup>20</sup> Cfr. Peñas Moyano, B. *op. Cit.*, p. 351

Es por esta razón que resulta necesaria la aplicación de un mecanismo que combata los ejercicios indiscriminados del derecho a la impugnación o impida, en la medida de lo posible, un innecesario proceso que inmovilice a las sociedades. De la mano del **Principio de conservación** surge el **Test de Resistencia** (en adelante, el Test), el cual permite la preservación de un acuerdo cuando subsista la mayoría para adoptarlo. Como se explicará más adelante, este Test tiende a evitar la innecesaria declaración de nulidad de un acuerdo societario cuando el mismo va a ser adoptado con idéntico contenido y sin los errores subsanables que concurren inicialmente al momento de la adopción del acuerdo.

La restricción respecto del derecho de impugnación, de los supuestos<sup>21</sup>, plazos<sup>22</sup>, vías procedimentales y legitimación, al igual que el Test de Resistencia son manifestaciones del **Principio de conservación** y guardan la misma finalidad que en este caso persigue el **Principio de seguridad jurídica** y de **Protección del Tráfico jurídico-comercial**. Cabe añadir además que este último, incluye el **Principio de Celeridad**. Ello debido a que la naturaleza de las operaciones de una sociedad en el mercado exige dinamismo. De modo que, el desarrollo de la sociedad no se ralentice por la búsqueda de la certeza jurídica de los negocios ya celebrados.

## 2. Efectos de la nulidad e impugnación de acuerdos societarios

El régimen de impugnación de acuerdos societarios recogido en la LGS ha originado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia posiciones disímiles. Así, se ha sostenido que la aplicación práctica del derecho de impugnación, por un lado, debe regirse según la Teoría General de Nulidad de los Actos y Negocios Jurídicos del derecho civil; y por otro, según la Teoría de la nulidad e impugnación de acuerdos recogida en la legislación societaria<sup>23</sup>. En

<sup>21</sup> La acción de nulidad procederá contra aquellos acuerdos A) contrarios a normas imperativas, B) que incurran en causal de nulidad prevista por la LGS o en el CC, mientras que la acción de impugnación procederá contra los acuerdos i) contrarios a la LGS, ii) al estatuto o pacto social, iii) que lesionen en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, o que, iv) incurran en causales de anulabilidad previstas en la LGS o en el CC. Vid. Artículos 139 y 150 de la LGS.

<sup>22</sup> La acción de nulidad estará supeditada al plazo de un año desde la adopción del acuerdo, mientras que la de impugnación a los siguientes plazos (i) dos meses si el accionista concurrió a la junta, (ii) tres meses si no concurrió, (iii) un mes si el acuerdo es inscribible. Vid. Artículo 142 y 150 de la LGS. Asimismo, el juez no admitirá a trámite aquellas acciones destinadas a impugnar aquellos acuerdos no subsumibles dentro de las causales contempladas en los artículos 139 y 150. Vid. Artículo 151 de la LGS.

<sup>23</sup> A propósito de la regulación aplicable al derecho de impugnación en la doctrina, identificamos la postura de Alcalá Díaz quien sostiene la necesidad de un régimen especial de impugnación y prevé la inaplicación de la normativa general de nulidad recogida en el régimen civil. (Alcalá Díaz, M., El derecho de impugnación del socio en la sociedad anónima cotizada, Editorial Las Rozas. Madrid. Colec. Ramón & Cajal Servicio de Estudio, p. 13). Por el contrario, en la jurisprudencia, advertimos que la Corte Suprema

ese sentido, en este apartado se revisarán brevemente los postulados que sobre la nulidad y anulabilidad se han recogido en el ámbito civil y societario.

En el derecho común, de acuerdo con la Teoría General de Nulidad de los Actos y Negocios Jurídicos aquellos actos o negocios jurídicos que contienen todos los elementos esenciales –*la manifestación de voluntad y la causa*–, presupuestos –*objeto y sujeto*– y requisitos –*capacidad legal de ejercicio, capacidad natural, licitud, posibilidad física y jurídica del objeto, determinación*<sup>24</sup>– son válidos y por lo tanto, producen todos los efectos jurídicos que el ordenamiento y la voluntad de las partes han previsto. Es decir, habiéndose configurado la estructura del acto o negocio según lo exigido por la norma, este será válido y consecuentemente, eficaz.

Sin profundizar la revisión de las distintas posturas sobre nulidad y eficacia, se precisará que la validez y eficacia no son conceptos equivalentes. Así, para evidenciar la diferencia entre ellas, CIEZA MORA señala que “*la validez es el momento estático del Negocio Jurídico y se configura cuando el mismo cuenta con todos sus elementos esenciales –agente, objeto, fin y formalidad, si se trata de un acto ad solemnitatem–; y la eficacia es el momento dinámico del mismo y se configura como consecuencia de la validez, al producirse los efectos jurídicos del negocio*”.

De ella se infiere que todo acto o negocio válido debe producir efectos jurídicos o al menos debe encontrarse en potencia de producirlos. Contrario *sensu*, aquel acto o negocio inválido no debe producir efectos. De hacerlo fuere por la razón que sea, el ordenamiento jurídico demandará su corrección. En esa lógica, ante la ausencia o vicio en alguno de estos elementos, requisitos, presupuestos, el ordenamiento reacciona a través de la Teoría de las Ineficacias Negociales. Dependiendo de la afectación al acto o negocio esta teoría diferencia dos tipos de ineficacia:

- a) La ineficacia estructural, también conocida como invalidez, se configura frente al defecto de los elementos esenciales del negocio jurídico impidiendo la materialización de sus efectos jurídicos. Esta ineficacia comprende subespecies como la nulidad o anulabilidad<sup>25</sup>.

---

bajo lo resuelto en la Casación No 46-94-Huaura aplicó el régimen civil a un proceso de Impugnación de acuerdo.

<sup>24</sup> Vid. Cieza Mora, J. (2012) *Problemática de la nulidad y la impugnación de los acuerdos de las sociedades y asociaciones. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica S.A., pp. 24-30.

<sup>25</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 37.

- b) La ineficacia funcional, conocida como ineficacia en sentido estricto, hace referencia a la imposibilidad del negocio jurídico para producir los efectos previstos en orden a determinadas circunstancias<sup>26</sup>. Esta ineficacia comprende así la resolución, la suspensión, la caducidad y la oponibilidad<sup>27</sup>.

El planteamiento propuesto para el caso de la ineficacia estructural atribuye como consecuencia ante la ausencia o defecto de alguno de los elementos del acto o negocio, su nulidad, anulabilidad o inexistencia. Diversos autores coinciden en que la nulidad es el efecto más lesivo que se puede otorgar a un acto o negocio jurídico. Así, CIEZA MORA califica a la nulidad como *la forma más grave de invalidez negocial que importa la definitiva inidoneidad del acto para producir efectos*<sup>28</sup>. Por su parte, ALDEA CORREA resalta que *los negocios afectados con nulidad no pueden permanecer subsistiendo, por cuanto han sido repudiados por el ordenamiento debido a un interés colectivo de la sociedad*<sup>29</sup>. Consecuentemente, al ser la consecuencia más severa el ordenamiento civil a través de lo dispuesto en sus artículos 219 y 43 ha contemplado supuestos taxativos para la nulidad<sup>30</sup>.

En referencia a la anulabilidad, esta consecuencia tiene por finalidad la cesación de los efectos desplegados por un acto o negocio jurídico en cuya celebración concurrieron elementos esenciales viciados o algunas circunstancias que impiden la continuidad de sus efectos.<sup>31</sup> No obstante, debe precisarse que los actos o negocios anulables sí pueden producir efectos, y que, pasado el plazo establecido para solicitar su nulidad, el acto o negocio queda firme. Respecto de la última consecuencia prevista por el planteamiento de ineficacia estructural, se indicará que la inexistencia se aplica a aquellos negocios jurídicos irrelevantes para el ordenamiento –o cuyos efectos no están contemplados en él–. De lo expuesto resulta evidente que la declaración de nulidad de un negocio jurídico importará la no-producción de

<sup>26</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 64, citando a Santoro Pasarelli.

<sup>27</sup> Vid. *Ibíd.*, p. 23.

<sup>28</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 47, citando a BIANCA.

<sup>29</sup> Aldea Correa, V. (2012) *Los Acuerdos de accionistas y socios. Requisitos societarios*, p. 70.

<sup>30</sup> Así, serán nulos los negocios jurídicos (i) en los que no exista manifestación de voluntad del agente, (ii) practicados por un agente absolutamente incapaz, (iii) cuyo objeto sea física o jurídicamente imposible, (iv) cuyo fin o causa sea ilícito, (v) que adolezcan de simulación absoluta, (vi) que no guarden la forma prescrita por ley, (vii) declarados así por ley, (viii) contrarios al orden público y las buenas costumbres. Vid. Artículo 219 y 43 del CC.

<sup>31</sup> Vid. Cfr. Cieza Mora, J. (2012) *Problemática de la nulidad y la impugnación de los acuerdos de las sociedades y asociaciones. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica S.A. *Ibíd.*, p. 56

Serán anulables aquellos negocios jurídicos (i) celebrados por un sujeto relativamente incapaz, (ii) cuando haya vicio, error, dolo, violencia o intimidación, (iii) que adolezcan de simulación relativa en perjuicio de tercer y (iv) calificados como tal por la ley. Vid. Art 221y 44 del CC.

los efectos previstos tanto por el ordenamiento como por las partes<sup>32</sup>. Asimismo, en caso se estime la acción interpuesta contra un acuerdo anulable, éste cesará los efectos que venía produciendo<sup>33</sup>.

Existe un sector de la doctrina que defiende la preferencia de la aplicación del régimen civil de nulidades a los supuestos de nulidad e impugnación recogidos en la LGS, fundamentándose esta postura en la relación género-especie existente entre el negocio jurídico y el acuerdo societario. Si bien MORALES HERVÍAS atina al sostener que *“un acuerdo societario al margen de los mecanismos que se emplean para formar la voluntad de la sociedad, no deja de ser un negocio jurídico, y como tal se encuentra sujeto a las normas generales sobre nulidad y anulabilidad<sup>34</sup>”*, debe entenderse que esta sujeción a las normas generales de nulidad es supletoria. De lo contrario, es decir, si se considerase la normativa civil como la preferente para regular el derecho de impugnación, las sociedades estarían expuestas a que, dentro de un plazo extenso, se cuestione la validez de los acuerdos adoptados. Así, en caso se declare la nulidad de un acuerdo societario, se retrotraerán al momento de su adopción, todos los efectos que haya producido. En esa lógica, la nulidad de un acuerdo no sólo afectará su validez sino también puede repercutir sobre la eficacia o incluso la validez de todos aquellos negocios jurídicos celebrados con la convicción de que el acuerdo impugnado era válido. En ese sentido, preferir la aplicación del régimen civil de nulidades a los supuestos de los artículos 139 y 150 de la LGS supondría una vulneración al principio de seguridad jurídica y al de protección del tráfico jurídico-comercial.

Es por esta razón que otro sector de la doctrina sostiene que el derecho de impugnación debe regularse según las disposiciones de la legislación societaria y supletoriamente por las de la normativa civil. De modo enfático, ELÍAS LAROZA ha advertido la insuficiencia del régimen civil de nulidades para el caso de impugnación de acuerdos. Este autor sostiene que *“(L)as reglas generales establecidas en nuestro ordenamiento jurídico para velar que las manifestaciones de voluntad se ajusten al mismo –nulidad y anulabilidad del acto jurídico– resultan por sí solas insuficientes para el caso de las sociedades, debido a que la formación de la voluntad en estas personas jurídicas se produce a través de un mecanismo complejo*

---

<sup>32</sup> Aunque protegiéndose en determinados supuestos al tercero de buena fe que haya adquirido derechos a título oneroso.

<sup>33</sup> Cfr. Montoya Manfredi, U. (2004) Derecho Comercial. Parte General-Derecho de Sociedades-Derecho Concursal-Derecho del Consumidor- Derecho de la Competencia. Tomo I, Undécima Edición. Lima, p. 231.

<sup>34</sup> Morales Hervías, R. “Nulidades estructurales del negocio jurídico” Ponencia expuesta ante el Congreso Internacional de Derecho Civil realizado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: Setiembre de 2005. p.30

*que opera con reglas muy concretas, así como por los múltiples intereses en juego cuando se discute la nulidad de acuerdos societario: interés de los accionistas, de los terceros relacionados con la sociedad y el interés general de brindar seguridad al tráfico mercantil*".<sup>35</sup> De modo armónico, ALDEA CORREA indica la complementariedad de la regulación societaria y civil para el tratamiento del derecho de impugnación. Así, apunta que *"Las reglas de nulidad (y de impugnación) de la Junta General de Accionistas establecidas por la legislación societaria tienden a complementar las disposiciones generales de nulidad prescriptas para el Acto Jurídico en el Código Civil"*.<sup>36</sup>

Este régimen especial recogido en la LGS distingue entre la acción de nulidad y la impugnación de acuerdos. De correspondencia con lo dispuesto en el artículo 150 de la LGS la acción de nulidad podrá ser interpuesta por cualquier persona con legítimo interés frente determinados supuestos, disponiendo para ello de la vía de conocimiento y limitándose al plazo de caducidad de un año<sup>37</sup>. Asimismo, de conformidad con lo indicado en los artículos 139 y siguientes, la acción de impugnación únicamente podrá ser interpuesta por los accionistas, quienes dispondrán de la vía abreviada y se limitarán a otros plazos de caducidad<sup>38</sup>. Para dilucidar cualquier inquietud sobre la alternatividad de ambas acciones en caso quiera cuestionarse la validez de un acuerdo, es preciso mencionar que en 2008 el Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial unificó criterios y estableció la imposibilidad de que los socios invoquen indistintamente las causales nulidad o impugnación, pues no correspondía beneficiarse de un plazo más extenso cuando el indicado por el supuesto de impugnación ya había transcurrido<sup>39</sup>.

En referencia a los efectos que produce la sentencia que declara fundada la nulidad de un acuerdo incurso en alguna de las causales del artículo 150 de la LGS, precisamos que

<sup>35</sup> Elias Laroza, E. (2000) Derecho societario peruano, la Ley General de Sociedades del Perú, Tomo I, Segunda edición, Trujillo: Editora Normas Legales., p. 371.

<sup>36</sup> Aldea Correa, V. (2012) Los Acuerdos de accionistas y socios. Requisitos societarios. P.71

<sup>37</sup> La acción de nulidad procederá contra aquellos acuerdos A) contrarios a normas imperativas, B) que incurran en causal de nulidad prevista por la LGS o en el CC. Vid., p. 12 del presente trabajo y el artículo 150 de la LGS.

<sup>38</sup> La acción de impugnación procederá contra los acuerdos i) contrarios a la LGS, ii) al estatuto o pacto social, iii) que lesionen en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, o que, iv) incurran en causales de anulabilidad previstas en la LGS o en el CC. Esta acción estará supeditada a los siguientes plazos (i) dos meses si el accionista concurrió a la junta, (ii) tres meses si no concurrió, (iii) un mes si el acuerdo es inscribible. Vid. Artículos 139 y 142 de la LGS.

<sup>39</sup> El 29 de noviembre del 2008 se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial con sede en Lima, en el que se debatió sobre la alternatividad de la pretensión de nulidad e impugnación para el socio. El Pleno decidió por mayoría la imposibilidad de que el socio invoque indistintamente las causales previstas para la impugnación de acuerdos como las de nulidad de los mismos. Esto porque se trata de supuestos distintos, lo que implica plazos de caducidad y diferentes intereses tutelados.

estos son *ex-tunc*, es decir, sus efectos se retrotraerán al momento de la adopción del acuerdo. De manera similar, la sentencia de nulidad de un acuerdo incurso cualquiera de las causales del artículo 139 de la LGS, tendrá efectos *ex-nunc* implicará la cesación de efectos del acuerdo. Debe resaltarse que, en ambos casos, la sentencia de nulidad podría surtir efectos no sólo contra los intervinientes, es decir, la sociedad y los accionistas, sino también contra terceros<sup>40</sup>. Sobre esto último debe puntualizarse que la legislación societaria no contiene una norma de sobre los efectos de la pretensión de nulidad frente a terceros. Para ilustrar ello, basta examinar el artículo 38 de la LGS que dispone que la nulidad de acuerdos se rige según los artículos 34, 35 y 36 de la misma ley, omitiendo intencionalmente pronunciarse sobre la aplicación del artículo 37 que regula los efectos de la nulidad frente a los terceros de buena fe. Evidentemente, ante la falta de pronunciamiento del legislador sobre la protección de los derechos del tercero de buena fe, correspondería a este último recurrir al derecho civil. No obstante, cabe precisar que el artículo 139 de la LGS sí prevé la protección de los derechos adquiridos por terceros de buena fe cuando el acuerdo que pretende impugnarse ha sido revocado o sustituido. Resulta evidente que la legislación societaria ha recogido un sistema de ineficacia de acuerdos que no es idéntica a la ineficacia estructural civil.

Esto se refuerza sólidamente, con la inclusión del régimen civil de nulidades al régimen de impugnación societario. Así, se verifica en el artículo 150 de la LGS que la nulidad societaria, incluye entre otros supuestos, los de nulidad y anulabilidad contemplados en el Código Civil. Por si ello fuera poco, la diferencia entre la ineficacia societaria y la civil, resalta mucho más al analizar la figura de la subsanación de negocios jurídicos.

Por un lado, en el ámbito civil es posible que los negocios jurídicos sean subsanados. Así lo disponen los artículos 230 y siguientes del Código Civil al admitir la confirmación del acto anulable. Por otro lado, en el ámbito societario si bien no existe confirmación en el sentido del Código Civil, el simple transcurso del plazo de caducidad implica que la validez del acuerdo no pueda ser cuestionada. Ello porque no será posible cuestionar su validez después de transcurridos los plazos de los artículos 142 y 150 de LGS para la acción de impugnación y de nulidad respectivamente. Así también, sin denominarla confirmación, la legislación comercial prevé la posibilidad de que los acuerdos societarios puedan ser sustituidos por otros. En virtud de lo indicado en el segundo párrafo del artículo 139 de la

---

<sup>40</sup> Considerando que, en el caso de la pretensión de nulidad interpuesta al amparo del 150 de la LGS, al no resultar aplicable lo dispuesto por el artículo 37 de la LGS y por no existir disposición similar a la del artículo 148 LGS, la sentencia de nulidad sí podría afectar a terceros, según lo que resulte del derecho civil.

LGS, *“no procederá la impugnación cuando el acuerdo haya sido (...) sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto.*

Al respecto, MONTOYA MANFREDI señala que “A diferencia de los acuerdos nulos, los anulables pueden ser convalidados o confirmados por un nuevo acuerdo válido, o por el transcurso del tiempo. Si no se hace valer la acción respectiva, el acuerdo queda firme”. De manera similar, VICENT CHULIÁ y ALDEA CORREA han precisado que “el juez, aunque sin admitir ni rechazar la demanda, ha de prejuzgar que existe causa de impugnación y que puede ser subsanada”. De ambas precisiones, puede advertirse que resulta más sencillo conocer cuándo un acuerdo societario preserva su efecto por el transcurso del tiempo, que cuándo adquiere validez por subsanación. Ello porque en este último caso, será necesario advertir la causal de impugnación, evaluar la posibilidad de subsanación y proceder con la misma.

De lo anteriormente expuesto, se reitera la imposibilidad de identificar la ineficacia societaria con la ineficacia estructural civil. Ciertamente, esta diferencia entre la ineficacia societaria y civil se fundamenta en que la especialidad comercial demanda seguridad jurídica y soluciones en términos breves, en otras palabras, exige la materialización del principio de seguridad jurídica y protección del tráfico jurídico-comercial.

En términos prácticos, en el derecho de **impugnación** se exige que el socio sea diligente y plantee la acción de nulidad dentro de los plazos señalados por la LGS. En caso de hacerlo y estimarse su pretensión de impugnación se aplicará el régimen de ineficacia societaria previamente indicado. En caso de no hacerlo, no procedería, una vez vencido los plazos de caducidad societaria, que el socio se favorezca con los plazos de caducidad de la ley civil toda vez que se vulneraría la estabilidad y la seguridad jurídica del acuerdo<sup>41</sup>. Cabe señalar que la observación conjunta de los mencionados principios en el ámbito societario, no sólo origina una diferente aplicación del régimen de nulidades en el derecho de impugnación (en lo que respecta a los efectos, sustitución y caducidad de la acción) sino que también es fundamento de dicho derecho. Ello porque la seguridad jurídica exigirá el análisis de la validez de los acuerdos. No obstante, este análisis debe efectuarse de forma celeré y protegiéndose el tráfico jurídico.

---

<sup>41</sup> A propósito de los plazos para el ejercicio de la acción de impugnación, Ariano Deho realiza una crítica a la regulación del derecho de impugnación en la LGS. Así, respecto de la pretensión de impugnación, de ninguna manera será posible para el socio que no ejerció su derecho dentro los plazos establecidos por la LGS, extender dichos plazos al contemplado en el Artículo 2001 del CC. Cfr. ARIANO DEHO, E. “Algunos aspectos procesales de la Ley General de Sociedades”, en *Ius Et Praxis*, No 34, Lima, 2003, p.93.

En base a ello, puede excluirse la posición que indica que el sistema de invalidez de los acuerdos societarios se fundamenta únicamente en la protección del interés de las minorías. En la línea de lo señalado por POLO afirmar *ello implicaría calificar al derecho de impugnación como un instrumento de perturbación concedido a favor de las minorías*<sup>42</sup>, que en ocasiones entorpecen la marcha de la sociedad y sacrifican el interés social para satisfacer el particular. El mencionado derecho se justifica en el principio de seguridad jurídica y su ejercicio estará delimitado por el de protección del Tráfico jurídico-comercial y el principio de Conservación.

Al mismo nivel, del principio de conservación surge el **Test de Resistencia** como un mecanismo aplicable para verificar la validez de un acuerdo cuando contra él, en ejercicio del derecho de impugnación, se haya interpuesto la pretensión correspondiente según las causales del 139 o 150 de la LGS. Asimismo, teniendo en cuenta que el propósito de este Test será evitar la innecesaria declaración de nulidad de un acuerdo societario resulta evidente la materialización del principio de protección del Tráfico jurídico-comercial. Queda entonces verificar que la aplicación del Test guarde conformidad con el principio de seguridad jurídica.

En ese sentido, en el siguiente apartado se analizará cada uno de los supuestos contemplados en los artículos 139 y 150 de la LGS y se delimitará en qué casos se considera aplicable el Test de Resistencia.

---

<sup>42</sup> Polo, E. "Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre la mayoría y la minoría en la sociedad anónima" en Román Olivas, M. (2010) El Derecho de Impugnación de acuerdos societarios. Análisis del régimen jurídico de Impugnación (e Invalidez) de los acuerdos adoptados por la junta General de Socios. P. 103.

## Capítulo 2

### El Test o la Prueba de la Resistencia

#### 1. Definición de Test o Prueba de Resistencia

El Test de Resistencia es un instrumento jurídico que se utiliza frente al ejercicio del derecho de impugnación, el cual permite preservar la validez del acuerdo y, en consecuencia, conservar los efectos que este haya originado. Para ello deberá verificarse si la voluntad social expresada por la Junta General de Accionistas que adoptó el acuerdo que se pretende anular, hubiera tenido el mismo sentido en caso no hubiera concurrido ninguna causal de impugnación<sup>43</sup>. Aplicando este Test se descontará de la mayoría alcanzada en Junta, el número de votos inválidos y únicamente en caso subsista la mayoría requerida para la toma del acuerdo, éste seguirá siendo válido<sup>44</sup>. En consecuencia, verificándose que no existe una afectación relevante a la voluntad social, carecerá de sentido tramitar un proceso de impugnación de un acuerdo, cuando el mismo puede nuevamente ser adoptado o sustituido por otro con idéntico contenido adoptado conforme a ley.

Este mecanismo, que subyace bajo la filosofía de la “subsanación de acuerdos<sup>45</sup>”, puede aplicarse en dos escenarios. En el primero, la manifestación de voluntad se verá afectada por la inclusión de votos inválidos; y en el segundo, por la exclusión ilegítima de votos tal como se detalla a continuación:

Primer supuesto: Junta con porcentaje de votos vetados legítimamente (inválidos)

En el supuesto en que se adoptara un acuerdo por mayoría, donde “X” votos son válidos e “I” inválidos, y se pretendiera su nulidad, aplicando el “Test de Resistencia” procedería a descontarse del total de votos (Z) aquellos votos pertenecientes a accionistas no legitimados para votar (I). Si con el resto de votos

---

<sup>43</sup> De modo alternativo y aclarando que no es materia de la presente investigación, podría sustentarse la aplicación del Test de Resistencia para acuerdos adoptados en Sesión de Directorio, sobre todo si tenemos en cuenta que en la legislación nacional se echa en falta la impugnación de acuerdos adoptados por este órgano. Así, conviene indicar que uno de los temas trabajados por la doctrina es la nulidad del acuerdo de Directorio. Ver Echaiz Moreno (2014) ¿Cabe la impugnación y/o nulidad de los acuerdos de Directorio? A propósito del debate en el pleno jurisdiccional nacional comercial 2013; Oswaldo Hundskopf (2017) Reflexiones sobre la invalidez de los acuerdos de Directorio de sociedades anónimas. Actualidad Jurídica. Tomo 285. Agosto. Pág. 192-209. Conforme lo explicaré más adelante, será posible plantear la utilidad del Test de Resistencia a los acuerdos que, adoptados por órganos colegiados, lo cual incluiría aquellos adoptados en sesión de directorio.

<sup>44</sup> Se precisa que el acuerdo seguirá siendo válido, pues éste se presume como válido desde su adopción tras la aprobación del Acta de Junta General.

<sup>45</sup> Cfr. Sánchez Calero, F. *op. cit.*, p. 377

(X) se alcanza la mayoría establecida para adoptar el acuerdo, entonces éste seguirá siendo válido.

Segundo supuesto: Junta con porcentaje de votos vetados ilegítimamente

De la misma manera, en caso se adopte un acuerdo con “X” votos a favor de un total de “Z” votos, habiéndose impedido ilegítimamente de votar a un socio que posee “I” acciones, aplicando el “Test de Resistencia” procederá a verificarse si “X” constituye mayoría respecto de Z+I. Si bien inicialmente el acuerdo fue adoptado debido a que “X” constituía la mayoría respecto del total inicial (“Z” acciones), para preservar la validez del acuerdo, “X” deberá seguir constituyendo mayoría respecto de Z+I, es decir, del total que se hubiera configurado de no haberse prohibido el voto de “I” acciones.

Tabla 1. Relación aritmética entre las posiciones respecto de la adopción de un acuerdo.

| Junta General de Accionistas  |           |   |   |
|-------------------------------|-----------|---|---|
| Posición respecto del acuerdo | Favorable | No favorable<br>(En contra o en blanco) | Relación aritmética                       |
| Variable de cantidad          | X         | Y                                       | $\frac{X}{Y}$                             |
| TOTAL                         | X+Y=Z     |   | Z   |
| Resultado                     |           |   | Adopción de acuerdo<br>(Presunta Validez) |

Tabla 2. Relación aritmética tras la aplicación del Test de Resistencia al Primer supuesto

| Primer supuesto<br>Junta con porcentaje de votos vetados legítimamente (inválidos) |           |   |                      | Aplicación del Test de Resistencia     |  |
|--|-----------|---|----------------------|--|--|
| Posición respecto del acuerdo  | Favorable | No favorable<br>(En contra o en blanco) | % de votos inválidos | Posible Relación 1                     | Posible Relación 2                           |
| Variable de cantidad   | X         | Y                                       | I                    | $\frac{X-I}{Y}$                        | $\frac{X-I}{Y}$                              |
| TOTAL  | X+Y+I=Z   |   |                      | Z-I                                    | Z-I  |
| Resultado  |           |   |                      | Aprueba el Test<br>(Validez inmutable) | No aprueba el Test<br>(Validez cuestionable) |

Tabla 3. Relación aritmética tras la aplicación del Test de Resistencia al Segundo supuesto

| Segundo supuesto<br>Junta con porcentaje de votos vetados ilegítimamente |           |   |                                   | Aplicación del Test de Resistencia     |  |
|--|-----------|---|-----------------------------------|--|--|
| Posición respecto del acuerdo  | Favorable | No favorable<br>(En contra o en blanco) | % de votos vetados ilegítimamente | Posible<br>Relación 1                  | Posible<br>Relación 2                        |
| Variable de cantidad   | X         | Y                                       | I                                 | $\frac{X+I > Y}{Z+I}$                  | $\frac{X+I \leq Y}{Z+I}$                     |
| TOTAL  | X+Y-I =Z  |   |                                   |  |  |
| Resultado  |           |   |                                   | Aprueba el Test<br>(Validez inmutable) | No aprueba el Test<br>(Validez cuestionable) |

Aunque pudiera parecer que por su naturaleza matemática este Test resulta inaplicable a cuestiones jurídicas, este ha sido recogido e incorporado en determinados ordenamientos y aplicado en la resolución de casos de impugnación de acuerdos:

### 1. En Italia

El ordenamiento jurídico a través de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 2377 del Código Civil Italiano que señala que: *“los acuerdos adoptados no pueden ser anulados por la nulidad de los votos individuales o por su conteo incorrecto, a menos que el voto nulo y el recuento de error haya sido crucial para el logro de la mayoría necesaria<sup>46</sup>”*; recoge el Test de Resistencia. Así, esta disposición está referida al Primer supuesto de aplicación del Test, toda vez que señala como consecuencia jurídica *“la improcedencia de la acción de nulidad”* cuando se verifica el supuesto de haber concurrido votos individuales nulos.

Del mismo modo, la legislación italiana incorpora una situación de *facto* que podría configurarse en cualquier instalación y desarrollo de Junta, tal y como es el conteo incorrecto de votos. En este caso, la aplicación del Test de Resistencia no está referido ni al Primer ni al Segundo supuesto de aplicación, toda vez que el acuerdo no estaría siendo adoptado con la inclusión de votos inválidos o exclusión de votos válidos, sino debido al error en la

<sup>46</sup> El inciso 2 del artículo 2377 del Codice Civile Italiano señala que: *“La deliberazione non può essere annullata: 1. (...), 2. Per la L'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio, salvo che il voto invalido o l'errore di conteggio siano stati determinante ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta; 3. (...)”*.

contabilización de los mismos. Por lo que, aplicando el Test de Resistencia, se tendrá por válido un acuerdo siempre que el error en la contabilidad de votos no haya sido determinante para alcanzar la mayoría.

## 2. En España

De manera similar, el ordenamiento español en el artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital<sup>47</sup> que señala que: “(...) 3. *Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos: (...) c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano; d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible*” (...); ha recogido algunas reglas para la aplicación del Test de Resistencia.

Así, tanto el supuesto contenido en el inciso c), sobre la participación de personas no legitimadas, como el supuesto incluido en el inciso d), referente a la invalidez de uno o varios votos, están orientados a la aplicación del Test de Resistencia en el Primer supuesto. Por su parte, el inciso d) al igual que la legislación italiana incorpora el supuesto de conteo incorrecto de votos para la configuración de la mayoría requerida para adoptar un acuerdo específico, disponiendo la improcedencia de la acción de impugnación cuando los votos erróneamente contabilizados no repercutan en la constitución de la mayoría exigible para la adopción de un determinado acuerdo.

De modo coherente, la jurisprudencia española a través del Tribunal Supremo Español (en adelante, TSE) ha indicado que el “Test de Resistencia” es únicamente aplicable a los casos en los que se permitió de forma indebida la asistencia y el voto a quien no gozaba de tales derechos<sup>48</sup>. Es decir, se aplicará el Test de Resistencia según el Primer supuesto y se descontará de la cifra mayoritaria con la que se adoptó el acuerdo, el número de votos inválidos. No obstante, el TSE ha sugerido también que su aplicación no se extiende a los supuestos en los que ilegítimamente se ha privado del derecho a voto, independiente de si los votos que no pudieron emitirse hubieran sido relevantes o no para adoptar el acuerdo. Es evidente que el criterio para determinar si el Test se aplica o no, es la objetividad, pues en el

---

<sup>47</sup> Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>48</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo N° 697/2013.

primer supuesto, se obtiene un resultado concreto al restar de la mayoría el número de votos inválidos, mientras que, en el segundo supuesto, este resultado no lo es. Sobre el particular, más adelante se brindarán argumentos para sustentar la aplicación del Test tanto en el primer como en el segundo supuesto.

### 3. En Perú

Respecto de la aplicación del Test de Resistencia, la Comisión del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, la Comisión), emitió un Precedente de Observancia obligatoria<sup>49</sup>, el cual estableció que en el caso de impugnaciones de acuerdos de Junta de Acreedores deben evaluarse dos aspectos:

- a) *Determinar si el vicio o defecto afectaría a toda la junta o únicamente a determinadas partes de su desarrollo o a determinados actos, de tal forma que si se declarase fundada la impugnación, los efectos de este pronunciamiento puedan ser identificados e individualizados, de ser el caso.*
- b) *Cuando se trate de vicio o defecto en la participación de uno o varios integrantes de la junta, (...) debe aplicarse la llamada “Prueba de Resistencia” para determinar si, en caso de declararse fundada la impugnación se afectaría la validez de la reunión o del acto impugnado. Si el vicio invocado no tuviera efectos sobre la validez de los acuerdos o de la reunión, la impugnación debe declararse infundada, independientemente del análisis que pueda hacerse de la causal de la impugnación. Solo en caso que el vicio o defecto en la participación afectará la validez del acto impugnado, la Comisión emitirá pronunciamiento sobre éste.<sup>50</sup> (Subrayado propio)*

En ambos apartados, la Comisión advierte que la afectación de la Junta General de Accionistas no sólo es numérica, sino también de fondo, refiriéndose a los vicios detallados en los artículos 38, 139 y 150 de la LGS. Es decir, esta afectación puede deberse a la contingencia de la participación o no de socios, o a la necesidad de preservar algunas situaciones en la celebración de la Junta. Independientemente de esta acertada precisión, resulta criticable la poca claridad del tenor del precedente. Primero, porque no define la aplicación del Test de Resistencia. Segundo, porque no se menciona el componente

---

<sup>49</sup> RESOLUCION N° 088-96-TDC recaída en el Exp. N° 054-94-CRE-CAL.

<sup>50</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 9.

numérico para la aplicación del mismo. Tercero, porque no elimina el análisis de nulidad o impugnación que del acuerdo pueda hacerse. En otras palabras, lo que propone la Comisión es posponer los efectos de un acuerdo analizado *a posteriori* y lo que pretende precisamente el Test, mediante un análisis *a priori*, es preservar los efectos de un acuerdo sin necesidad de discutir la validez del mismo.

Ciertamente, la fuerza vinculante del precedente indicado es la razón por la que toda autoridad administrativa competente para conocer Procesos de Impugnación de acuerdos, deberá en el segundo caso (b) aplicar la “Prueba de Resistencia”. Sin perjuicio de que en el ámbito judicial no se haya sentado un precedente sobre la aplicación de este Test, la objetividad del mismo exige su aplicación, de modo que sean salvaguardados los principios de conservación, seguridad jurídica, protección del tráfico jurídico, celeridad y economía procesal.

En términos comparativos, es claro que el pronunciamiento de la Comisión en el apartado b) es coherente con la sugerencia del TSE, pues ambos parten del supuesto en el que únicamente se logró la mayoría con el voto de quien no tenía derecho para ejercerlo. Posiblemente, el primer supuesto de aplicación fue adoptado tanto por el TSE y la Comisión por tratarse de una operación numérica con resultado concreto (restar el número de votos inválidos) y el segundo supuesto fue descartado, por la variabilidad del resultado (al sumar votos sin conocer su sentido respecto del acuerdo). Cabe precisar que, si bien el principio de seguridad jurídica fundamenta la aplicación del Test de Resistencia en el Primer supuesto, no excluye su aplicación para el Segundo supuesto sino más bien la exige. Ello porque criticar cuantitativamente la afectación de la voluntad social exige no sólo excluir los votos inválidos sino también contabilizar la cantidad de votos no emitidos.

En contra de la aplicación del Test de Resistencia en el Segundo supuesto, se han esgrimido tenuemente argumentos tales como la irrelevancia de la cantidad de votos ilegítimamente vetados para el cambio del sentido la voluntad social; o posiciones que sostienen que el cambio del sentido de la votación únicamente obedecería a las características subjetivas del accionista. Ambos planteamientos deberían desestimarse. El primero porque presenta el error lógico de razonamiento denominado *petitio principii*<sup>51</sup> que

---

<sup>51</sup> Denominada también falacia petición de principio o “suposición del punto inicial” acuñada por Aristóteles en su obra Primeros analíticos. De manera gráfica el error en el razonamiento se denominaría: si  $p \rightarrow \sim q$ ;  $p/q$ . Donde  $p$  representa “la irrelevancia de los votos vetados ilegítimamente” y  $q$ , “la aplicación del Test de Resistencia”. En este razonamiento, se estaría asumiendo la verdad de  $p$ , y se estaría concluyendo la negación de  $q$ . Adicionalmente, debe precisarse que la irrelevancia de los votos, únicamente se verificará cuando el Test se aplique.

induce a concluir la aplicación del Test sólo en el primer supuesto, asumiendo como verdad la irrelevancia de la cantidad de votos no emitidos. Precisamente lo que deberá contabilizarse en cada caso es la cantidad de votos ilegítimamente vetados y analizar la afectación cuantitativa a la voluntad social. El segundo argumento debe desestimarse por una cuestión práctica. Si bien puede admitirse que un accionista ilegítimamente privado del voto, en orden a sus características subjetivas puede hacer cambiar a algunos accionistas su intención de voto, este cambio se deberá ya sea a una decisión subjetiva (persuasión del accionista) u objetiva (conocimiento de la información adicional en la deliberación). Así, la decisión subjetiva no será trascendente para decidir si se aplica o no el Test, puesto que ello implicaría suponer que el accionista carece de facultad de discernimiento y decisión. No obstante, la decisión objetiva, sí es relevante para decidir si se aplica o no el Test, ello porque más allá de una cuestión cuantitativa de afectación de la voluntad social, se ha afectado el derecho a la información de alguno de los accionistas.

La postura de limitar la aplicación del Test de Resistencia, impide salvaguardar en el segundo supuesto, el principio de seguridad jurídica y el principio de conservación. Dado que la aplicación *a priori* del Test permite verificar numéricamente si persiste la mayoría que adoptó el acuerdo y consecuentemente, verificar su validez, al excluirse su aplicación en el segundo supuesto, se vulneraría los principios mencionados. En caso se decidiera aplicar el Test al segundo supuesto, a los votos emitidos, se incluiría el número de votos vetados ilegítimamente, toda vez que subsiste la posibilidad de que la voluntad social hubiera cambiado de sentido, en caso hubieran votado aquellos que fueron ilegítimamente privados de su derecho a voto. Únicamente de esta manera se observarían los principios antes señalados.

En la legislación nacional, el artículo 133 de la LGS ha indicado como uno de los supuestos legítimos de privación del derecho a voto, el interés contrario a la sociedad. Así también, indica que quienes, pese a esta privación, emitan su voto son responsables de los daños que origine el acuerdo adoptado. De este dispositivo se infiere que únicamente se logró la mayoría con el voto de quien no tenía derecho para ejercerlo y que el acuerdo es potencialmente lesivo para la sociedad. Ahora bien, la limitación para aplicar el Test de Resistencia no se verifica claramente en este artículo. Ello porque si bien no está permitido contabilizar los votos vetados legítimamente para el cómputo de mayorías, sí se admitiría su contabilidad para el establecimiento del quórum de la Junta.

Si bien este precedente ha sido emitido para que la aplicación del Test se realice en los acuerdos adoptados por Junta de acreedores, serán los principios mencionados, así como la característica de la colegialidad compartida tanto por este órgano como por la Junta General de Accionistas, la que permitirá aplicar el Test en los casos de impugnación o nulidad de acuerdos.

## 2. Fundamento para su aplicación

Si bien se ha sostenido que este Test de Resistencia es un mecanismo para: i) limitar la posibilidad de impugnar un acuerdo societario y, a la vez, ii) garantizar la estabilidad de los acuerdos adoptados<sup>52</sup>, será este último objetivo, el exigido por los principios de Seguridad Jurídica, Predictibilidad, Conservación y Protección del Tráfico jurídico-comercial. De conformidad con lo explicado en el apartado 2.1 de la presente investigación los principios mencionados fundamentan la aplicación del Test de Resistencia en los casos de impugnación de acuerdos.

En un Estado de Derecho es exigible que la validez de los negocios jurídicos, incluidos los acuerdos societarios, sea preservada. Bajo este régimen que materializa las exigencias de Justicia e Igualdad, el principio de seguridad jurídica exhorta garantizar el derecho adquirido de quien actúa bajo la creencia de haberlo hecho conforme al derecho válido. Así, será válido aquel acuerdo societario adoptado por una Junta cuya voluntad social se conformó bajo la creencia de una constitución válida. De la misma manera, bajo el Principio de Predictibilidad, el acuerdo al ser una actuación jurídicamente relevante desplegará únicamente los efectos previstos para dicho negocio jurídico. De modo, que en el eventual caso de que alguno de los efectos previstos no pueda materializarse por haberse reportado un defecto en la estructura del acuerdo, el principio de conservación demandará proteger ese acuerdo y procurará en la medida de lo posible la subsistencia de sus efectos. Asimismo, teniendo en cuenta que los efectos del acuerdo no sólo tienen repercusión intra-societaria, sino que también repercuten en la dinámica del mercado, resultará exigible preservar la validez de estos acuerdos. En ese sentido, el Principio de Protección del Tráfico jurídico-comercial también dispone proteger los efectos jurídicos de los acuerdos adoptados.

Habiéndose indicado los fundamentos para la aplicación del Test de Resistencia, debe precisarse que al ser este un análisis *a priori* del acuerdo, únicamente tras la aplicación del

---

<sup>52</sup> Cfr. Peñas Moyano, B. op. cit., pp. 351 y 352

Test de Resistencia podrá advertirse si es necesario o no discutir la validez del acuerdo. Cabe añadir que estos fundamentos justifican la aplicación del Test de Resistencia tanto para el Primer como para el Segundo supuesto. Ello debido a que cuestionar cuantitativamente la afectación de la voluntad social exige no sólo excluir los votos inválidos sino también contabilizar la cantidad de votos no emitidos.

Adicional a la observación de los principios mencionados, existe otro fundamento para la aplicación del Test de Resistencia en los casos de impugnación y es el proceso de formación de la voluntad social, así como las características del órgano que la emite tal y como se explicará a continuación.

**2.1. Características de la Junta General de Accionistas.** El artículo 111 de la LGS señala que la Junta General de Accionistas (en adelante, JGA) es el órgano supremo de la sociedad. Aunque la doctrina no es unánime<sup>53</sup> respecto de esta calificación, el maestro SÁNCHEZ CALERO sostiene que la JGA es también el órgano soberano de la sociedad anónima<sup>54</sup>.

Independientemente de la calificación que pueda otorgársele (suprema o soberana), la JGA puede adoptar acuerdos que serán vinculantes para todos los accionistas, incluyendo a los ausentes, disidentes y a los privados legítimamente de su derecho voto. Es decir, la voluntad emanada del órgano (JGA) es distinta a la voluntad individual de cada socio y únicamente la primera será vinculante respecto de los demás accionistas. Se infiere a consecuencia de lo anterior, que la JGA es el órgano de formación de la voluntad social<sup>55</sup>.

Habiendo hecho esta precisión, corresponde conocer cuáles son las particularidades de la JGA que permiten la aplicación del Test de Resistencia. Así, la JGA se caracteriza por ser un órgano:

- a. En el que pueden participar todos los accionistas a través del ejercicio de sus derechos. Cabe precisar que, si bien los acuerdos son calificados como actos unilaterales del órgano, son en realidad el resultado de las declaraciones de voluntad de los

---

<sup>53</sup> La doctrina no coincide en la calificación atribuida a la junta. Así, algunos lo llaman órgano supremo, entre ellos Solá Cañizares, Ripert, Rodríguez, Vivante y Ascarelli; y otros, lo llaman órgano soberano, entre ellos, Verón, Sanchez Calero, Garriguez-Uría.

<sup>54</sup> Vid. Sanchez Calero, F. *op. cit.*, p. 46.

<sup>55</sup> Elías Laroza, E. (1998) Ley General de Sociedades: comentada. Trujillo: Normas legales. P. 238.

accionistas<sup>56</sup>. Esto quiere decir que el órgano es un medio a través del cual la sociedad manifiesta su voluntad social<sup>57</sup>.

- b. Necesario y de actuación no permanente, que se reúne en distintas ocasiones, ya sea en los supuestos previstos por la LGS, cuando se estime conveniente para los intereses sociales o cuando lo ordene el juez.
- c. Colegiado y deliberante, conformado por las acciones que se encuentren representadas cuando se instale la Junta. Esto es, en una JGA se delibera sobre la pertinencia de adoptar o no determinados acuerdos, para lo cual se deberá verificar el sentido de las declaraciones de voluntad de los accionistas teniendo en consideración la mayoría requerida en cada caso.
- d. Con su propia competencia y de funciones indelegables, las cuales se encuentran señaladas en los artículos 114 y 115 de la LGS<sup>58</sup>. No obstante, del último inciso del 115 podemos inferir que la Junta en realidad tiene atribuida una competencia omnímoda, toda vez que es competente para resolver cualquier asunto requerido por el interés social. Ello en virtud de su calidad de órgano supremo de la sociedad.

De estas características resulta de vital importancia para la aplicación del Test de Resistencia, la colegialidad del órgano.

**2.2. La colegialidad y el Principio de mayoría en la formación de la voluntad social.** Tal y como señala la máxima *universi facile consentire non possunt* difícilmente las masas llegan a un acuerdo, resultando imposible exigir en todos los casos unanimidad para la adopción de un acuerdo en específico<sup>59</sup>. Exigir unanimidad, implicaría en determinados supuestos conceder a cualquier accionista que discrepa con la mayoría, un derecho de veto

<sup>56</sup> Cfr. Sánchez Calero, F. *op. cit.*, p. 61

<sup>57</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 47. Ver además Hundskopf Exebio, O. (2015) *Acuerdos Societarios: Nulidad e Impugnación. Supuestos de plena validez y eficacia de los acuerdos de juntas generales de accionistas, en relación con el derecho de impugnación*. Gaceta Jurídica. Noviembre. Miraflores. Primera edición. pág. 9.

<sup>58</sup> La Junta es competente para (i) pronunciarse sobre la gestión social y los resultados económicos expresados en los estados financieros, (ii) resolver sobre la aplicación de utilidades, (iii) elegir a los miembros del directorio así como determinar su retribución, (iv) designar o delegar en el directorio la elección de los auditores externos, (v) resolver asuntos contemplados en el estatuto o en la convocatoria, (vi) remover a los miembros del directorio y designar a sus reemplazantes, (vii) modificar el estatuto, (viii) aumentar o reducir el capital social, (ix) emitir obligaciones, (x) acordar la enajenación de activos que excedan el cincuenta por ciento del capital social, (xi) disponer investigaciones y auditorías especiales, (xii) acordar la transformación, fusión, escisión, reorganización, disolución, así como la liquidación de la sociedad y (xiii) resolver asuntos requeridos por la ley, el estatuto o el interés social. Vid. Artículo 114 y 115 de la LGS.

<sup>59</sup> Sin perjuicio de lo señalado, existen determinados acuerdos en los que se requiere unanimidad. Por ejemplo, el aumento de capital por incremento del valor nominal de acciones o la adaptación de una sociedad al régimen de sociedad anónima abierta conforme lo indica el artículo 249.5 de la LGS.

a la hora de adoptar un acuerdo<sup>60</sup>. Precisamente, para evitar esta situación se concibió la regla de la mayoría como el procedimiento idóneo para la formulación de una decisión colectiva en las *universitates*, es decir, en asociaciones de personas en que la unión de los individuos produce una entidad diferente de sus partes y superior a ellas. Consecuentemente, sus componentes, al ser llamados a expresar su consenso no *uti singuli*, sino *uti universi* (no como individualidades, sino como conjunto), deben hacerlo *collegialiter*, y no *separatim* (como totalidad, no por separado)<sup>61</sup>.

Esta condición de colegialidad exige que, en la Junta, los accionistas expresen en conjunto su posición respecto de uno de los asuntos de la agenda, y verificándose consenso respecto de una postura, la decisión adoptada por la Junta como una totalidad, será vinculante. Esto es, en el proceso de formación de la voluntad social, donde el voto individualmente ejercido constituye parte de una sola voluntad, se aplicará la regla de la mayoría y se elegirá la opción que cuenta con mayor número de votos. El voto individual no genera una expresión de la sociedad.

Esta regla de la mayoría es una regla técnica o instrumental que ha sido recogida por el Principio de mayoría el cual siendo de orden público no es de validez absoluta. Por este principio, las decisiones de un cuerpo colegiado se adoptan por el consenso parcial de la *maior pars*<sup>62</sup>, una vez se realiza el conteo de votos. Teniendo en cuenta que el consenso de la mayoría se compone de la sumatoria de votos individuales, aunque considerados en conjunto, el Principio de mayoría será el que tras la aplicación del Test de resistencia permita la preservación de la decisión o suscite el control judicial de la misma.

Recogiendo esta regla que integra el Principio de mayoría, la LGS en su artículo 127 señala que los acuerdos se adoptarán con voto favorable de la mayoría. De modo que, la voluntad social será aquella emitida por un órgano colegiado, constituido por la totalidad de la Junta, en atención al Principio de mayoría, es decir, por el consenso del mayor número.

Para algunos autores, la colegialidad del órgano incluye implícitamente el Principio de mayoría. Así, GASPERRI sostiene que los actos colegiales pueden responder a un criterio cualitativo o a un criterio cuantitativo: “*El criterio cualitativo es aplicado donde el ordenamiento requiere, para producir la reacción querida, la voluntad de manera indistinta de todos los sujetos investidos del poder colegial; esto es, en otros términos, donde se*

---

<sup>60</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 61.

<sup>61</sup> Cfr. Bobbio, N. (1981) *La Regla de Mayoría: Límites y aporías*. Pág. 256.

<sup>62</sup> *Ibidem*. Pág 262.

*requiere la unanimidad de los integrantes del colegio. Es aplicado a su vez el criterio cuantitativo cuando para producir el resultado jurídico es suficiente el consenso de una porción alícuota de los integrantes del colegio. En tal caso se habla de acto colegial a mayoría<sup>63</sup>”.*

A consecuencia de la colegialidad de la Junta, que permite que el acuerdo sea adoptado por todos los integrantes cuyo voto configura la voluntad social; y del respeto del principio de mayorías, que sugiere una exigencia de decantación numérica a favor de una decisión, sería posible aplicar “Test de resistencia” en los casos donde se verifica tanto el criterio cualitativo como cuantitativo. Nótese que este respeto del principio de mayorías es consecuencia del pacto social que acordó unánimemente que la sociedad se rigiera por un estatuto con esta característica.

Así, en el Primer supuesto donde medie un *criterio cualitativo*, al extraerse cualquier número de votos inválidos, se entiende subsiste la unanimidad de los votos restantes. De la misma manera en caso, se verifique un *criterio cuantitativo*, al sustraerse los votos, deberá verificarse si subsiste la mayoría que adoptó el acuerdo cuestionado. En el Segundo supuesto, en caso se observe un *criterio cualitativo*, al incluir un porcentaje de votos vetados ilegítimamente, la unanimidad no necesariamente se mantendrá, por lo que deberá analizarse la validez del acuerdo. Finalmente, en caso concurra un *criterio cuantitativo*, deberá confirmarse si subsiste mayoría.

Tanto el criterio cualitativo como cuantitativo de la colegialidad requieren de la contabilización de los votos que forman la voluntad social. El primer criterio requerirá un conteo del cien por ciento mientras que el segundo criterio requerirá mayoría, ya sea, absoluta o simple. Esto porque, la verificación numérica de los votos en el proceso de formación de la voluntad es la que permite la aplicación del Test.

De manera que el Test de Resistencia pondría a prueba la elasticidad o, mejor aún, la resistencia de la voluntad social, permitiendo la validez únicamente a aquellos acuerdos que aprueben el Test. Cabe precisar que la aplicación de este Test no implicaría una vulneración a ninguno de los principios antes mencionados, ni al método colegial. Ello debido a que, el Test se aplicará únicamente en determinados supuestos y sobre una voluntad social conformada por quienes tienen derecho a ejercer su voto.

---

<sup>63</sup> Gasperri en Navarrete, J. Invalidez de los acuerdos societarios. El Test de resistencia. Publicado el 04 de agosto de 2017. Disponible en <https://www.enfoquederecho.com/2017/08/04/invalidez-de-acuerdos-societarios-el-test-de-resistencia/>

### 3. Finalidades de la aplicación de Test de Resistencia en el ámbito societario

PEÑAS MOYANO señala que el fin último de la prueba o Test de Resistencia es *tornar válidos aquellos negocios jurídicos, en cuya estructura subyacen defectos o vicios y, por extensión, declarar esos negocios inimpugnables*<sup>64</sup>, promoviendo la constitución de una garantía a favor de la estabilidad de los acuerdos adoptados. No obstante, señala además que este Test sugiere indirectamente un límite a la posibilidad de impugnar un acuerdo societario toda vez que *“si la impugnación de los acuerdos sociales implica un límite al poder de la mayoría (...) ese derecho de impugnación (...) a su vez (...) [limita] que las decisiones de su junta general tengan, dentro de ciertos límites, una cierta estabilidad”*. Así, considerando la posibilidad de un ejercicio abusivo de la acción de impugnación y teniendo en cuenta que las causas para esta acción pueden llegar a ser inabarcables en sus posibilidades<sup>65</sup> según indica SÁNCHEZ CALERO; resulta exigible delimitar la amplitud del sistema general de causas de impugnación contempladas en la LGS.

En ese sentido, efectivamente el Test de Resistencia tiene por finalidad garantizar en la medida de lo posible la estabilidad de los acuerdos adoptados por órganos colegiados societarios. El Test de Resistencia ratificará la validez del acuerdo y protegerá sus efectos cuando la irregularidad en la formación de la voluntad social no sea relevante. De esta manera, se garantizará la estabilidad de las decisiones de la sociedad y se evitará el estancamiento de la misma.

Asimismo, teniendo en cuenta que la protección de los acuerdos se basa en el interés público, de la sociedad y de los accionistas o socios, NAVARRETE precisa que el Test de Resistencia además tiene por objeto proteger el derecho de libertad e información de los socios. Así, sostiene que, en los supuestos de impugnación, donde la anulabilidad es un mecanismo de protección jurídica para cautelar la libertad y el conocimiento de una parte que participó en la celebración del negocio jurídico o del contrato en una situación de disminución de voluntad<sup>66</sup>, no se podrá cautelar la libertad y conocimiento de aquel que no participó en el acuerdo social<sup>67</sup>. En ese sentido, no podrá cautelarse la libertad y el

---

<sup>64</sup> Vid. Peñas Moyano, B. *op. cit.*, p. 351.

<sup>65</sup> Vid. *Ibidem*, p. 361

<sup>66</sup> Morales Hervías, Rómulo, Contrato inválido, en Derecho, Revista de derecho de la Pontificia Universidad católica del Perú, N° 58, 2006.

<sup>67</sup> Navarrete, J. Invalidez de los acuerdos societarios. El Test de resistencia. Publicado el 04 de agosto de 2017. Disponible en <https://www.enfoquederecho.com/2017/08/04/invalidez-de-acuerdos-societarios-el-test-de-resistencia/>

conocimiento de un participante que eligió no asistir a la Junta y que conoció los beneficios y posibles perjuicios que implicaban adoptar o no un acuerdo. En cambio, sí se podrá defender la libertad y el conocimiento de quien fue ilegítimamente privado de emitir su voto, toda vez que estuvo impedido de participar de la junta y privado de conocer los pros y contras que el acuerdo suponía.

Sin perjuicio, de las delimitaciones de los supuestos de impugnación que se puedan suprimir, modificar o incorporar, la aplicación del Test de Resistencia garantizaría en diversos casos la estabilidad de las decisiones adoptadas por los órganos colegiados societarios. Ello no sólo porque el fundamento de la aplicación es precisamente la observancia del principio de conservación y de seguridad jurídica, sino porque la colegialidad y la regla de la mayoría permiten verificar la subsistencia de consenso en la voluntad de la Junta.

Desconocer la aplicación del Test de Resistencia, implicaría negar la exigencia de los principios mencionados, así como supondría alterar el tráfico jurídico. Ello porque adoptado un acuerdo y habiendo desplegado sus efectos, no sólo cabe que se configure una situación intra-societaria, sino también una extra societaria en la medida que la sociedad interactúa con otros agentes en el mercado. Así, en el proceso de desarrollo de cualquier sociedad en el mercado, cualquier acción de impugnación o incluso una medida cautelar contra alguno de sus acuerdos, podría resultar contraproducente no sólo para ella y sus accionistas, sino también para la contraparte del negocio afectado, terceros e incluso difusamente para el mercado.

Considerando que la finalidad de la aplicación del Test de Resistencia se fundamenta en las exigencias de los Principios de Seguridad, Predictibilidad, Conservación, Protección al tráfico jurídico, se garantizará la preservación de los acuerdos en los que la aplicación del Test sea exitosa, declarando en algunos casos la innecesaridad del proceso de nulidad y la improcedencia de medidas cautelares que tienen como fin un interés distinto a preservar la voluntad social.

## Capítulo 3

### Aplicación del Test de Resistencia

En el capítulo anterior, ha quedado acreditado el uso del Test de Resistencia frente al ejercicio del derecho de impugnación. Corresponde ahora, para el objetivo de esta investigación, delimitar cuáles son los supuestos de la LGS, en los que podría aplicarse el referido Test. Conforme a lo señalado en el primer párrafo del artículo 150 de la LGS, la acción de nulidad procede contra los acuerdos de junta *contrarios a normas imperativas, o que incurren en causal de nulidad prevista en la LGS o en el CC*. Aunque fácilmente puede advertirse dos supuestos de hecho en este dispositivo legal, su interpretación difícilmente es uniforme.

Así, al momento de identificar las causales de nulidad, debe precisarse que el 150 LGS se refiere a las causales contenidas tanto en la LGS como en el CC. Ello quiere decir que, la acción de nulidad podrá interponerse contra aquellos acuerdos que incurran en las causales dispuestas por el artículo 38 ubicado en el Libro I “Reglas aplicables a todas las sociedades” de la LGS. No obstante, probablemente en base al tenor de esta denominación, algunos autores sostienen que la aplicación conjunta del artículo 150 LGS y del 38 LGS vulnera el Principio de especialidad. Por tanto, no correspondería aplicar un régimen de nulidad general, como lo sería el establecido por el artículo 38 LGS, a un régimen especial, como lo es el dispuesto por el artículo 150 LGS.

Al respecto, discrepamos con esta postura conforme a lo siguiente. Primero, si bien el artículo 150 LGS regula la acción de nulidad para los acuerdos adoptados por una Sociedad Anónima, es su mismo contenido el que se remite al artículo 38 LGS, al señalar que la acción de nulidad procede contra los supuestos de causal de nulidad contemplados en la LGS. Segundo, actualmente no se duda de la aplicación del art. 38 LGS a la nulidad de acuerdos de Juntas Generales de Sociedades Anónimas, pues su aplicación no se puso en tela de juicio en el Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial de 2008. Por último, en caso la finalidad de la ley hubiera sido la exclusión del artículo 38 LGS, la redacción del artículo 150 LGS posiblemente hubiera sido “(...), o que incurren en la causal de nulidad dispuestas por la norma que regula el tipo societario o por el CC”.

Regresando al punto inicial, en el que se intenta delimitar cuáles son los supuestos en los que podría aplicarse el Test de Resistencia, consideraremos como los supuestos de hechos del artículo 150 de la LGS, los acuerdos de junta A) contrarios a normas imperativas,

o B) que incurren en causal de nulidad prevista en la LGS o en el CC, incorporando las causales descritas en el artículo 38 de la LGS y el artículo 219 del CC.

Subsiguientemente, de acuerdo a lo estipulado en el primer párrafo del artículo 139 de la LGS, la acción de impugnación procede contra los acuerdos cuyo contenido es contrario i) a la LGS, ii) al estatuto o pacto social, iii) a los intereses de la sociedad y beneficie directa o indirectamente a uno o varios accionistas; y iv) que incurran en causales de anulabilidad previstas en la LGS o en el CC. De la misma manera, de acuerdo a lo establecido por el primer párrafo del artículo 143 de la LGS, la acción de impugnación procede contra los acuerdos adoptados con a) defectos de convocatoria o b) falta de quorum.

Teniendo en cuenta que la acción de impugnación procede frente a un acuerdo que se encuentra subsumido tanto en los supuestos del 139 LGS, 143 LGS, así como en los del 150 LGS, intentaré precisar en qué casos se admite la aplicación del mencionado Test para preservar la validez de los referidos acuerdos.

A continuación, podrá visualizarse en diagrama de Venn la aplicación conjunta de los supuestos de nulidad e impugnación dispuestos por los artículos 139 LGS y 150 LGS. En este gráfico podrá constarse que el artículo 139 LGS tiene una marcada orientación societaria, dados los supuestos de conflicto intrasocietario que erigen su estructura. En contraste con ello, el artículo 150 LGS no sólo se recoge supuestos de orientación societaria sino civil.

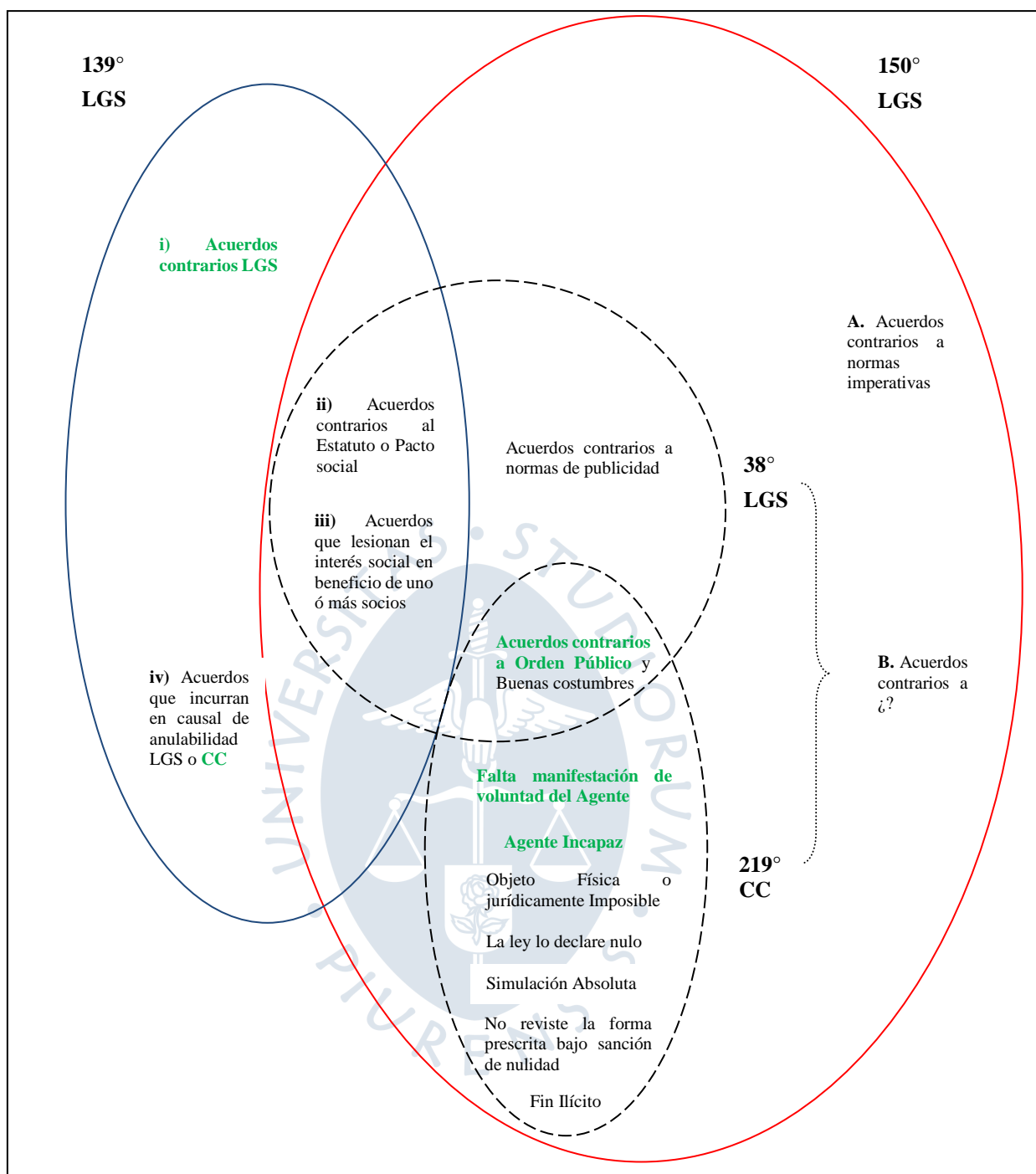


Figura 1<sup>68</sup>. Aplicación conjunta de los supuestos de los artículos 139 LGS y 150 LGS.

<sup>68</sup> Ramírez Otero, L. Pro manuscriptum.

## 1. Supuestos que no admiten la aplicación del Test

**1.1. Normas Imperativas.** En relación a las normas que regulan el contenido del negocio jurídico, se advierte por un lado aquellas normas dispositivas, que permiten a las partes configurar cómo será su relación jurídica; y por otro, las normas imperativas que señalan cómo deberá ser dicha relación.

Al respecto, TORRES VÁSQUEZ señala que *“...No solo existen normas dispositivas que dejan a los sujetos en la alternativa de someterse a lo que ellas determinan, o que bien regular ellos mismos sus actos particulares de manera distinta al contenido de la norma, sino que abundan las llamadas normas imperativas o de ius cogens que los sujetos no pueden modificar en sus actos particulares”*<sup>69</sup>. Asimismo, señala CABALLENAS que es Ley imperativa “la que dispone obligatoriamente la ejecución de alguna cosa o determina abstención, bajo la sanción establecida en el propio texto. Se contrapone por ello a la ley prohibitiva, la que impone una pasividad y a la ley permisiva, en que existe permisividad para proceder o no”<sup>70</sup>.

Sin perjuicio de que pueda simplificarse la concepción de Caballenas y sostenerse que la norma imperativa que señala abstención es equivalente a la norma prohibitiva que impone pasividad, al comparar la concepción que de normas proponen tanto TORRES VÁSQUEZ como CABALLENAS se verifica lo siguiente:

|               |       |            |              |   |
|---------------|-------|------------|--------------|---|
| Tipo de Norma | según | Torres     | Dispositivas | Ej. Art. 19 LGS: La duración de la sociedad puede ser por plazo determinado o indeterminado.  |
|               |       |            | Imperativas  | Ej. Art. 2 LGS: Toda sociedad debe adoptar alguna de las formas previstas en esta ley.  |
|               | según | Caballenas | Imperativas  | Ej. Art. 4 LGS: La sociedad se constituye cuando menos por 2 socios (...). Si pierde la pluralidad de socios y no se reconstituye en 6 meses, se disuelve de pleno derecho.                                 |
|               |       |            | Prohibitivas | Ej. Art. 39 LGS: Está prohibido que el Pacto social excluya a determinados socios de las utilidades o los exonere de responsabilidad por las pérdidas, salvo (aporten únicamente servicios).                |
|               |       |            | Permisivas   | Ej. Art. 21 LGS: Salvo estipulación expresa en contrario en pacto social o estatuto, la sociedad constituida en el Perú, puede establecer sucursal u oficinas en otros lugares del país o en el extranjero. |
|               |       |            |              |   |

<sup>69</sup> Torres Vásquez, Aníbal. “Introducción al Derecho-Teoría General del Derecho”, Editorial Temis S.A. Bogotá, 2001, pág. 299.

<sup>70</sup> Caballenas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1977, p. 142.

Resulta evidente que el contenido del acuerdo societario (como negocio jurídico) deberá configurarse con sujeción a las normas imperativas previstas tanto en la LGS como en el CC. En la lógica de ambos planteamientos, la norma imperativa dispone *qué debe hacerse* y establece en los casos de incumplimiento de la norma, una consecuencia jurídica. En este caso, la norma contenida en el artículo 2 LGS señala que la sociedad debe adoptar una de las formas societarias establecidas en la Ley. A su vez, el artículo 4 señala qué debe cumplir una sociedad para su constitución. En ese sentido, sería inválido que se constituya una sociedad con un único socio diferente al Estado o que la sociedad constituida no adopte una de las formas societarias prevista en la LGS. En ambos casos, las sociedades constituidas con infracción a lo dispuesto en los artículos 2 y 4 no podrían inscribirse en el Registro de Personas Jurídicas.

Independientemente de si la norma es imperativa, por naturaleza o por disposición, el contenido de las *normas imperativas* protege el interés público, por lo que su infracción supone una afectación relevante al equilibrio jurídico del sistema. En ese sentido, resulta exigible que el ordenamiento sancione con nulidad los negocios jurídicos, incluidos los acuerdos, que se celebran en infracción a las normas imperativas. De ello es posible sostener que, en ningún caso, el incumplimiento de lo dispuesto por una norma imperativa, podrá eximirse de la consecuencia de nulidad. En consecuencia, sería imposible aplicar el “Test de resistencia”, en cualquier supuesto contrario a dicha norma, incluso cuando la mayoría así lo señale pues la voluntad de la Junta no le concedería la eficacia a un acuerdo *sui generis* inválido.

Por lo que, para determinar si a un acuerdo impugnado puede aplicársele el Test de Resistencia, deberá determinarse si el tipo de norma infringida es una norma imperativa (no del tipo *ius cogens*<sup>71</sup>). Esto es, verificar si el tenor del acuerdo vulnera una obligación a ejecutarse y que vulnera el interés público. De ser el caso, no sólo se procederá con la imposición de una sanción como consecuencia jurídica, sino que además no podría aplicarse el Test.

**1.2. Acuerdos contrarios a las normas de publicidad.** En la legislación societaria, las normas de publicidad tienen por finalidad que los accionistas conozcan oportunamente el lugar, la fecha, la hora y los asuntos a tratar en las Juntas Generales de la Sociedad que integren. En efecto, la publicidad de las reuniones de los órganos sociales permite a los

---

<sup>71</sup> Conocidas como normas imperativas de Derecho Internacional General.

integrantes de la Sociedad asistir a dichas reuniones para deliberar y votar los asuntos indicados en la agenda, salvo se trate de una junta universal (instalada cuando se encuentran presentes todos los accionistas, sin requerir hora y lugar predeterminado y donde los asuntos de agenda se incluyen unánimemente para su deliberación). Teniendo en cuenta la finalidad de estas normas, la legislación en el artículo 116 LGS y siguientes ha indicado el momento y la modalidad en la que esta publicidad debe efectuarse.

No obstante, las normas de publicidad además del objetivo inmediato de informar sobre la instalación de la Junta y los asuntos a tratar, concede a los accionistas un periodo prudente<sup>72</sup> para ejercer su derecho de información. De modo que, los accionistas que lo consideren pertinente, pueden solicitar a la sociedad o al órgano encargado, la información que consideren relevante para la deliberación y votación de los asuntos de agenda. Dicho esto, debe mencionarse que además de salvaguardar el derecho a la información de los accionistas, a criterio de la Corte Suprema, las normas de publicidad constituyen una garantía favor de los socios ya que aseguran la validez de los acuerdos adoptados<sup>73</sup>.

En ese sentido, la aplicación del Test de Resistencia no procederá cuando los acuerdos hayan sido adoptados vulnerando las normas de publicidad (referentes al quórum o a la convocatoria<sup>74</sup>), pues se estaría restringiendo, e incluso vulnerando, el derecho a la información del accionista.

Para puntualizar el supuesto en el que se cuestiona un acuerdo por ser presuntamente contrario a las normas de publicidad, supongamos que la sociedad GALACTIC PERÚ S.A. constituida bajo la ley peruana y dedicada a las actividades aeronáuticas, tiene como accionistas a EUROPEAN GALACTIC LLC, sociedad constituida en el extranjero y a MAGGIE ANN MURPHY, ciudadana americana y quien además es Gerente General de GALACTIC PERÚ S.A. En enero de 2018, se inscribió una medida cautelar de embargo por administración sobre una de las aeronaves de propiedad de GALACTIC PERÚ S.A. y en junio del mismo año, aún no se habían aprobado los estados financieros correspondientes al 2018. Ante estos hechos, a solicitud de EUROPEAN GALACTIC LLC, se instaló la Junta

---

<sup>72</sup> En caso el periodo resultara insuficiente, se aplica lo dispuesto en el artículo 131 de la LGS sobre aplazamiento de Junta.

<sup>73</sup> Ejecutoria de la Corte Suprema del 07 de agosto de 1978.

<sup>74</sup> La ley es clara al señalar que el aviso de convocatoria debe contener los asuntos a tratar, no pudiendo la junta tratar asuntos distintos a los señalados en dicho aviso. Verid. Artículo 116 de la LGS. No obstante, cabe precisar sobre la competencia de la Junta, que únicamente es posible adoptar acuerdos sobre asuntos no previstos en la convocatoria cuando la ley así lo dispone. Ver Artículo 116, tercer párrafo de la LGS. Así también, la Junta también es competente para resolver asuntos en los que el estatuto disponga su intervención o en los que sean de interés social. Ver artículo 115, inciso 8 de la LGS.

convocada judicialmente para aprobar estados financieros y remover y nombrar al gerente general de GALACTIC PERÚ S.A. No obstante, tras debatir los puntos agendados, la Junta acuerda, además, en cumplimiento de lo dispuesto por el Estatuto, iniciar una auditoría para el periodo de gestión de MAGGIE ANN MURPHY como Gerente General y, respecto de este punto, la Junta determina que la socia gerente no puede ejercer su derecho a voto por estar en conflicto con la sociedad. En caso, MAGGIE ANN MURPHY interpusiera una acción de nulidad contra el acuerdo de iniciar una auditoría, alegando que ese acuerdo no fue materia de convocatoria y, por lo tanto, no hubo manifestación de voluntad de la Junta, no será posible aplicar el Test de Resistencia. Ello porque en ese supuesto, la adopción del acuerdo de iniciar una auditoría vulneró el derecho de información de MAGGIE ANN MURPHY como accionista de GALACTIC PERÚ S.A., quien en caso hubiera conocido con anterioridad a la instalación de la Junta, que el inicio de una auditoría sería un punto de agenda, hubiera podido obtener y extender en Junta toda la información referente a su gestión.

**1.3. Acuerdos contrarios al Estatuto o Pacto Social.** El Pacto Social donde consta el acuerdo de fundación de una sociedad requiere la observación de los requisitos señalados en el artículo 33 LGS y el Estatuto contiene las disposiciones legales que los socios han creído convenientes para el funcionamiento de la sociedad. No obstante, mientras que el Pacto Social recoge y cumple normas imperativas (bajo sanción de nulidad), el Estatuto regula y acoge aquello que permiten las normas dispositivas. Esto es, que el Estatuto adopta voluntariamente y está orientado al cumplimiento de los fines sociales, quedando los socios y/o accionistas sometidos indefectiblemente a él. Ello quiere decir, que los estatutos jamás podrán ser violados, aunque no se suprime la posibilidad de ser modificados si ello se desprende de la voluntad social.<sup>75</sup>

Para evidenciar ello, supongamos que la sociedad Bayar Gharelú S.A., constituida bajo la ley peruana, adopta un acuerdo sin observarse la mayoría establecida por su Estatuto, cuando previamente se había previsto su incremento para la adopción de un determinado acuerdo<sup>76</sup>. Resulta evidente que el acuerdo adoptado es nulo por ser contrario al Estatuto. No obstante, por ejemplo, si los integrantes de la Junta advierten la reciente modificación

---

<sup>75</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 371.

<sup>76</sup> En principio, los acuerdos se adoptan por mayoría absoluta. No obstante, el estatuto puede establecer una mayoría distinta a la absoluta para la adopción de un determinado acuerdo, así como un quorum distinto a los contemplados en la LGS (simple y calificado). Vid. Artículo 125, 126 y 127 de la LGS.

del requisito de mayoría y proponen modificar el Estatuto en ese punto, el acuerdo adoptado posteriormente será válido en virtud del artículo 34 de la LGS y, consecuentemente, no procederá la acción de nulidad. Ello porque la causa que implicaba la invalidez del acuerdo ha sido suprimida, toda vez que estatuto ha sido modificado.

Cabe entonces, que la Junta adopte un acuerdo contrario al estatuto, pero percatándose de la exposición de dicho acuerdo a la acción de nulidad, decida modificar las disposiciones estatutarias y adoptar nuevamente el mismo acuerdo. Se entiende que el acuerdo válido es el adoptado con posterioridad a la modificación del estatuto y no el que previamente se adoptó (a pesar de tener el mismo contenido). Esto es, no puede entenderse que el primer acuerdo haya sido subsanado por la modificación posterior del estatuto, ya que en la ocasión en la que se adopta el acuerdo, éste es contrario a las disposiciones estatutarias vinculantes tanto para la sociedad como para los socios. Ahora, no es posible que la toma del acuerdo y la modificación del estatuto sean simultáneas. Ello porque la modificación del estatuto requiere de su elevación a escritura pública y de su inscripción en el registro del domicilio de la sociedad. Así, el estatuto se entenderá modificado recién con la inscripción en el registro mencionado<sup>77</sup>.

De lo explicado, resulta evidente que no puede utilizarse el Test de Resistencia a un acuerdo cuyo contenido, al momento de la adopción, era contrario al Estatuto.

**1.4. Acuerdos contrarios a la LGS en virtud del 139°.** Habitualmente, las Sociedades incluyen dentro de su estatuto social algunas normas previstas en la LGS, ello con el fin de regular la organización de la sociedad<sup>78</sup>. Estas normas tienen generalmente un carácter dispositivo, es decir, dejan a los sujetos, en este caso a la Sociedad, en la alternativa de someterse a lo que ellas determinan (refiriéndose a las normas dispositivas), o bien la posibilidad de regular sus actos particulares de manera distinta al contenido de la norma<sup>79</sup>. Siendo las normas de la LGS en su mayoría dispositivas, permiten a las sociedades configurar su estructura y establecer diversos parámetros para la realización de cualquier acto o negocio jurídico. Sin embargo, en caso una sociedad omita reglar sobre lo que la norma dispositiva regula, esta norma se convertirá en imperativa para la sociedad<sup>80</sup>. Es decir,

---

<sup>77</sup> Vid. Artículo 5 de la LGS.

<sup>78</sup> Cfr. Sánchez Calero, F. *op. Cit.*, p. 370

<sup>79</sup> Torres Vásquez, A. "Introducción al Derecho-Teoría General del Derecho", Editorial Temis S.A. Bogotá, 2001, pág. 299.

<sup>80</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 366.

ante la falta de disposición en el estatuto sobre una materia en la que en principio podría regularse libremente, se aplicará aquello que establezca la norma dispositiva, toda vez que habrá adquirido carácter imperativo.

Para determinar si es posible aplicar el Test de Resistencia, previamente deberá dilucidarse si el acuerdo efectivamente es contrario a la LGS. Esto porque cabe que el acuerdo sea contrario a estipulado por el estatuto (pues la Sociedad regló en base a lo que permitía la norma), o que sea contrario a una norma dispositiva que adquirió el carácter de imperativa (pues la Sociedad omitió pronunciarse respecto de ella en su estatuto). Respecto del primer caso, debe precisarse la imposibilidad de aplicar el Test de Resistencia, toda vez que no es posible violar el estatuto. En referencia al segundo caso, considerando que las normas dispositivas tienen por objeto permitir a los sujetos, en ejercicio de su libre autonomía, establecer cómo serán sus relaciones jurídicas, no teniendo por finalidad proteger el interés público, las sociedades pueden elegir si regula aquello que establezca la norma dispositiva. De no pronunciarse al respecto, lo dispuesto por la norma tendrá carácter imperativo. En este caso, tampoco podrá aplicarse el Test de Resistencia en aquellos acuerdos que vulneren una norma dispositiva que haya adquirido el carácter de imperativa.

Para dilucidar lo afirmado, retomando el ejemplo anterior supongamos que la sociedad Bayar Gharelú S.A. omitió en su estatuto pronunciarse sobre el mecanismo de elección de sus directores, pudiéndolo haberlo hecho en virtud del artículo 157 LGS<sup>81</sup>. Asumiendo además que tanto Gautam Pratah como Ghita Singh, eran miembros del directorio de la Sociedad integrado por 6 miembros, tras haberse excluido al primero y haberse declarado interdicto al segundo, la Junta se instaló y acordó la vacancia de ambos, justificando su decisión en lo dispuesto por los incisos 1 y 5 del artículo 161 LGS. Asimismo, en defecto de directores suplentes, la Junta eligió a dos nuevos directores para los puestos vacantes, impidiendo la cooptación para la que estaba facultado por ley el Directorio.

Si bien en este supuesto, la norma del 157 LGS sobre el mecanismo de cooptación para elegir nuevos miembros del directorio se ha vuelto imperativa para la sociedad Bayar Gharelú S.A., toda vez que ésta omitió en su estatuto reglar sobre el mecanismo de recomposición del directorio, no cabría aplicar el Test de Resistencia contra el acuerdo por el que la Junta elige nuevos directores. Ello porque la norma del 157 LGS inicialmente dispositiva se torna imperativa.

---

<sup>81</sup> El último párrafo del 157 permite que el estatuto contemple la modalidad de elección de los miembros del directorio. Si el estatuto omite este asunto, regirá lo dispuesto por el artículo 157 de la LGS.

En este punto conviene añadir que tanto las normas establecidas en el Estatuto, como las normas imperativas (inicialmente dispositivas) constituyen el reglamento de la Sociedad, siendo que ambas normas brindan seguridad jurídica a los socios y demás sujetos que se relacionan con la sociedad. Asimismo, en el ejemplo indicado tanta seguridad jurídica brinda leer en un Estatuto que el directorio se reconstituye por cooptación o por la propia junta que designa a los directores reemplazantes, como entender que al no señalar un método distinto se reconstituye por defecto por cooptación.

**1.5. Acuerdos que lesionen el interés social en beneficio directo o indirecto de uno o más socios.** La Teoría institucionalista permite diferenciar entre el interés social y el interés de los socios<sup>82</sup>, entendiéndose al primero como aquel interés de la persona jurídica. Para considerar que un acuerdo se encuentra incurso en la presente causal, se exigirá la lesión y el beneficio recíproco y simultáneo. Esto es, el acuerdo adoptado debe lesionar el interés social y a la vez beneficiar a uno o más socios.

Generalmente, cuando un acuerdo se encuentra incurso en esta causal, el porcentaje accionarial de uno o más socios constituyen la mayoría dominante que permitió la adopción del acuerdo. Por lo que, en estos casos será inútil aplicar el “Test de Resistencia” cuando es ésta mayoría la que permite adoptar el acuerdo. Ello porque el porcentaje de votos que permitió optar por determinado acuerdo siempre resistirá el descuento de los votos de los impugnantes (ausentes, disidentes o privados ilegítimamente de voto). Así, la aplicación del test en mención no podría cambiar el sentido de voluntad social ya que el acuerdo hubiera sido igualmente adoptado.

Sin perjuicio de ello, cabe la posibilidad de que un acuerdo vulnere el interés social pero no beneficie a uno o más socios. En ese caso, el acuerdo no es susceptible de ser impugnado bajo esta causal. Lógicamente, no habrá supuesto en el cual pueda aplicarse el Test de Resistencia.

---

<sup>82</sup> A diferencia de la teoría institucionalista, la teoría contractualista señala que el interés de la sociedad coincide con el interés común de los socios. El interés social, se entiende como el interés de la persona jurídica o incluso como el interés del organismo económico. Cfr. Luyo Castañeda, M. (2016) El interés de la sociedad: algo más allá de los accionistas. Actualidad Jurídica, Tomo 266. Enero, pp., 174 a 185.

**1.6. Acuerdos contrarios al orden público y a las buenas costumbres.** De acuerdo a lo señalado por el maestro SÁNCHEZ CALERO caben dos conceptos de orden público. En sentido amplio, se entiende por orden público aquel *conjunto de principios jurídicos, públicos, privados, económicos, morales e incluso religiosos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y época determinada*. En sentido estricto, *aquel conjunto de principios y directivas, que, por contener los fundamentos jurídicos de la organización social, reflejan valores que informan cada una de las instituciones contempladas en el ordenamiento, en otras palabras, un conjunto de principios configuradores de una sociedad*<sup>83</sup>. Este último sentido, incide sobre todo aquello necesario para que la sociedad sea de un determinado tipo y no de otro. Por ejemplo, es principio de orden público que el capital social de la Sociedad Anónima esté dividido en acciones, dicho principio se encuentra recogido en el artículo 51 LGS. No obstante, no todos los principios están recogidos en la ley. Tal es el caso de la irrelevancia de las características personales para ser socio en una Sociedad Anónima, toda vez que lo relevante en este tipo societario es el capital<sup>84</sup> y no los accionistas.

De lo expuesto, es posible advertir que el legislador ha reconocido en el ordenamiento, determinados principios que configuran el sistema jurídico-social. Este reconocimiento no puede basarse en otro fundamento, más que el del interés público. Coherentemente, el principio de seguridad jurídica procurará que todas las exigencias derivadas de este interés se materialicen. No obstante, en el caso de los principios de orden público no reconocidos en el ordenamiento, el interés público como fundamento se difumina. Ello porque estos principios de orden público inciden en la estructura del tipo societario y las relaciones que se configuran al interior de la sociedad.

Considerando ambas acepciones de orden público, es evidente que el principio de conservación del negocio jurídico, materializado a través de la aplicación del Test de Resistencia no puede superponerse al orden público, y permitir la validez de un acuerdo que infrinja las normas de orden público o las disposiciones que recogen expresamente los principios configuradores de una sociedad<sup>85</sup>. No obstante, como sustentará más adelante sí será posible aplicar dicho test cuando el contenido de un acuerdo es contrario a un principio

---

<sup>83</sup> Sánchez Calero, F (2007). *La junta general en las sociedades de capital*. Madrid: Thomson-civitas. pág. 369.

<sup>84</sup> Ramírez Otero, L. *Op. Cit.*, pp. 5 y 25.

<sup>85</sup> En esta lógica, el trascurso del plazo para la interposición de la acción de nulidad o impugnación no produce la subsanación de aquellos acuerdos que por su causa o contenido resulten contrarios al orden público. Vid. *Ibidem*, p. 359.

configurador de una sociedad que no ha sido recogido en la ley. Entendiendo que al omitirse el reconocimiento de tal o cual principio en la ley, ésta permite a los sujetos, en este caso a las sociedades, pactar en contrario.

**1.7. Cuando el acuerdo es celebrado por agente incapaz.** En este supuesto debe precisarse que la incapacidad puede predicarse tanto del órgano como de sus integrantes. Así, más adelante se sostendrá que sólo es posible la aplicación del Test de Resistencia cuando la incapacidad recae sobre los integrantes de la Junta, no así sobre el órgano. Esto porque, al analizarse la capacidad del órgano, deberá verificarse si éste es competente para adoptar determinados acuerdos en función de las atribuciones y facultades que otorga la ley o, si para determinado acuerdo, la Sociedad requiere de una capacidad especial para materializarlos.

En este punto conviene precisar que la Junta tiene una competencia específica, pudiendo pronunciarse sobre los asuntos propios de su competencia, es decir, sobre asuntos atribuidos a ella específicamente por el estatuto y la ley<sup>86</sup>. No obstante, aunque del 111 LGS podría inferirse que la Junta tiene una competencia específica y que por ende solo puede pronunciarse sobre los asuntos propios de su competencia (los atribuidos expresamente por Ley o Estatutos), del art. 115 inciso 8 de la LGS pareciere que la competencia es omnímoda al señalar que la junta puede resolver en los casos en que la ley o el estatuto dispongan su intervención y en cualquier otro que requiera el interés social.”

Dicho ello, aplicar el “Test de Resistencia” en este supuesto implicaría la prevalencia del principio de conservación del negocio jurídico sobre la incapacidad del sujeto (la cual puede afectar a la Junta como a sus integrantes). Así, por ejemplo, interpuesta una acción de nulidad contra un acuerdo alegando falta de manifestación de voluntad del órgano, toda vez que se adoptó un acuerdo que no fue materia de convocatoria y que no era requerido por el interés social, no será viable la aplicación del “Test de Resistencia” para preservar la validez de dicho acuerdo. Ello, porque hacerlo equivaldría a la prevalencia de un principio que busca preservar los efectos de los negocios jurídicos sobre la capacidad de quienes los celebran (la Junta).

---

<sup>86</sup> Revisar el artículo 111 LGS que señala que: “La junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia (...)”.

Así también, es posible que la sociedad requiera de una capacidad especial para la adopción y consecuente materialización de un determinado acuerdo. Verbigracia, sería nulo un acuerdo de Junta general que modifique el estatuto a fin de incluir dentro del objeto social operaciones de crédito con captación del ahorro público. En este caso, ante la interposición de demanda de nulidad de acuerdo, no sería posible aplicar el Test de Resistencia puesto que para desarrollar esta actividad se requiere de una autorización<sup>87</sup> que otorga una capacidad especial, no siendo suficiente la adopción del acuerdo cuando se cuenta con la mayoría necesaria.

Cuando el objeto sea física o jurídicamente imposible. La imposibilidad del objeto afecta tanto su dimensión física, relativa a las leyes naturales, como jurídica, referente a la naturaleza de las instituciones. Si la imposibilidad física del objeto es actual y absoluta, el negocio jurídico no será válido<sup>88</sup>. Por su parte, la imposibilidad jurídica impide también la validez de un negocio por no ajustarse a las instituciones jurídicas existentes.

Así, por ejemplo, en cuanto a la imposibilidad física, será nulo aquel acuerdo por el cual una sociedad se comprometiese a entregar lotizadas áreas de terreno lunar y en cuanto a la posibilidad jurídica, aquel acuerdo de servicio de transporte de las Fuerzas Armadas del Perú a la selva.

La imposibilidad tanto física como jurídica impide que cualquier negocio tenga validez. Ello teniendo en cuenta que el objeto es un presupuesto del negocio mismo. Por ello, sería inútil aplicar el Test de Resistencia a un acuerdo que por tener un defecto estructural es nulo.

**1.8. Cuando su fin sea ilícito.** El ordenamiento únicamente dota de protección jurídica aquellos negocios jurídicos cuya causa sea lícita, es decir, no contrarias (i) a las normas imperativas, (ii) al orden público, (iii) a las buenas costumbres, (iv) que no vulneren derechos de terceros o (v) que no estén proscritas por ley. Así, se sanciona con nulidad absoluta a aquellos negocios jurídicos cuya causa sea ilícita<sup>89</sup>. Si bien puede distinguirse dentro de la

---

<sup>87</sup> Para ejercer esta actividad propia del sector financiero, es necesaria la obtención de una autorización previa de la Superintendencia de Banca y seguros. La carencia de este requisito importará la prohibición del ejercicio de esta actividad. Consecuentemente, el acuerdo por el que se incluya dentro del objeto social una actividad propia del sector financiero no será inscribible a menos que la sociedad haya sido previamente autorizada. Vid. Inciso 1 del artículo 11 de la Ley N° 26702 y artículo 14 de la Res. N° 200-2001-SUNARP-SN.

<sup>88</sup> Cfr. Cieza Mora *op. Cit.*, p.32.

<sup>89</sup> Se entiende que la causa es ilícita si vulnera lo dispuesto en la ley ya sea de forma directa o indirecta. Vid. *Ibidem*, p. 32, citando a Diez-Picazo.

causa una subjetiva y otra objetiva, será esta última la que justifica realmente la protección del ordenamiento positivo y por ende, su ilicitud genera la nulidad del negocio jurídico<sup>90</sup>.

Verbigracia, será nulo aquel acuerdo por el que una sociedad se allane a los créditos litigiosos a favor de uno de sus acreedores vinculados (gerentes accionistas, empresas vinculadas). Por lo que, no cabe en este supuesto la aplicación del Test de Resistencia para dotar de validez un acuerdo en cuya estructura yace un defecto relevante.

Cuando adolezca de simulación absoluta o relativa en perjuicio de tercero. La simulación absoluta es aquella que se predica del negocio jurídico aparente. En él, no existe causa, razón por la cual el ordenamiento la ha sancionado con nulidad. La simulación relativa es aquella que se predica del negocio jurídico cuya causa no es la compatible con la naturaleza jurídica del negocio celebrado, por lo que, el ordenamiento la ha sancionado con anulabilidad<sup>91</sup>. En ambos casos, el Test de Resistencia no podrá ser aplicado para validar algo que la propia ley califica como nulo. No obstante, en el caso de la anulabilidad, se exige el perjuicio de un tercero para que dicho test no sea aplicable.

Verbigracia, será nulo aquel acuerdo en el que se simule una cesión de créditos a un testafarro del deudor cuando en realidad el acto verdadero es un pago en detrimento del orden de preferencia establecido en el plan de reestructuración o de liquidación.

**1.9. Cuando no guarde la forma prescrita bajo sanción de nulidad.** El ordenamiento busca a través de sus disposiciones positivizadas la consecución del interés público. Razón por la que sí de modo expreso se ha prescrito que un negocio jurídico guarde una formalidad<sup>92</sup>, ésta debe respetarse.

Si el sistema jurídico ha sancionado expresamente con nulidad aquellos negocios jurídicos que no revistan la forma “ad solemnitatem”, es porque considera que dicha

---

<sup>90</sup> La causa subjetiva se identifica con la motivación interna del sujeto que realiza el acto, mientras que la objetiva, con la función social que el acto persigue. La primera será irrelevante para la validez del acto, salvo el sujeto la haga constar expresamente, mientras que la segunda será relevante tanto que no sólo su ilicitud genera nulidad sino también su ausencia (supuesto de nulidad virtual). Cfr. Taboada Córdova, L. (2013). *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*. Lima: Grijley

<sup>91</sup> En la simulación relativa se oculta un verdadero negocio jurídico bajo una forma diversa. Esta simulación puede recaer sobre la naturaleza del contrato, sobre los elementos del negocio, o sobre los intervinientes. Cfr. Ghersi, C. et al. (2005). *Nulidad de los Actos Jurídicos: civil, comercial, penal, procesal*. Buenos Aires: Editorial Universidad S.R.L. pp. 103- 108.

<sup>92</sup> Vid. Artículo 144 del CC.

formalidad es relevante para el interés social (entendido como público). No adoptarla, implicaría trasgredir dicho interés.

En ese sentido, no cabría aplicar el “Test de Resistencia” a aquellos acuerdos societarios que no revistan la formalidad prescrita. Así, si el acuerdo fuese adoptado de forma unánime, no será posible dotar de validez dicho acuerdo mediante la aplicación del Test, pues ello implicaría superponer el interés de la sociedad al interés público.

**1.10. Cuando la ley lo declare nulo.** Si la propia ley es la que declara nulo un negocio jurídico, no podrá utilizarse ningún mecanismo para validar aquello en cuya estructura subyace un defecto relevante. Ello, porque la nulidad además de suponer un defecto severo en la conformación del negocio jurídico, establece también determinados supuestos en los que se debe tutelar el interés público, impidiendo desde su origen que dichos negocios produzcan algún efecto jurídico.

Por lo expuesto, no sería aplicable el “Test de Resistencia” a aquellos acuerdos sancionados con nulidad. Verbigracia, será nulo aquel acuerdo que excluya el derecho de separación o haga su ejercicio más gravoso dado que la LGS expresamente así lo ha declarado en su artículo 200.

## **2. Supuestos que admiten la aplicación del Test**

**2.1. Acuerdos contrarios al Orden Público.** Tal y como lo hemos citado previamente al revisar las acepciones de orden público, en sentido amplio, el orden público está constituido por aquel conjunto de principios que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y época determinada y, en sentido estricto, por aquel conjunto de principios configuradores de una sociedad. Asimismo, puntualizamos que, aunque algunos principios estén recogidos, otros no lo están. De ello, advertimos que el legislador, bajo el fundamento del interés público, ha reconocido en el ordenamiento determinados principios que configuran el sistema jurídico-social. No obstante, en el caso de los principios de orden público no reconocidos en el ordenamiento, el interés público como fundamento se difumina, posiblemente, porque estos principios de orden público inciden en la estructura del tipo societario y en las relaciones intrasocietarias.

En virtud de ello, es evidente la imposibilidad de aplicar el “test de resistencia” allí donde el propio ordenamiento ha reconocido principios que configuren el sistema jurídico-

social. Sin embargo, es sostenible la posibilidad de aplicar el mencionado Test a aquellos acuerdos societarios contrarios a principios no recogidos en el ordenamiento, ya sea la LGS o el CC, entendiendo que, si el ordenamiento no los ha recogido, ha previsto la posibilidad de pactar en contrario.

Para aclarar ello, por ejemplo, supongamos un número de extranjeros se reúnen para constituir la sociedad Bayar Gharelú S.A., y en desconocimiento de la normativa peruana y siguiendo las reglas societarias de su país de origen, consignan en su estatuto que el capital de dicha sociedad está dividido en 499 acciones y 501 participaciones. Es probable que el Notario encargado de emitir la Escritura Pública de constitución de esta sociedad anónima advierta la infracción al artículo 51 LGS y le indique a su cliente, Bayar Gharelú S.A., que emita una Escritura Pública aclaratoria sobre la composición del Capital (donde conste que erróneamente se consignó el número de acciones y que no deben incluirse participaciones) o que se celebre una nueva Junta sin este error. En este supuesto, ¿qué sucedería si uno o más socios titulares del porcentaje de participaciones, temiendo verse afectado(s) por la modificación del capital, deciden impugnar el acuerdo de constitución? Consideramos, de acuerdo a lo explicado, que en este supuesto no cabría aplicar el Test de Resistencia al acuerdo de constitución de Bayar Gharelú S.A., toda vez que el mismo se adoptó en infracción del principio de orden público societario recogido en el artículo 51 de la LGS que indica que el capital de la S.A. está representado por acciones.

Siguiendo el ejemplo planteado, presumamos que el mismo número de extranjeros se reúnen nuevamente y acuerdan constituir la sociedad anónima Bayar Gharelú S.A., con un capital de 800 acciones. Sin constar en el Estatuto ni en el Pacto Social, los accionistas de Bayar Gharelú S.A. acuerdan realizar prestaciones a favor del desarrollo de la sociedad, tal como, contactar al menos tres inversionistas extranjeros en el plazo de un año desde inscripción de la sociedad en el registro. Habiendo concluido el plazo mencionado, todos los accionistas de Bayar Gharelú S.A. a excepción de los señores. Gautam Pratah y Ghita Singh, consiguieron el mínimo de inversionistas acordado para que aporten al capital de la sociedad y esta pueda realizar sus operaciones. Posteriormente, en Junta General de Bayar Gharelú S.A., los accionistas debatieron el inicio de operaciones en el continente asiático así como la exclusión del accionista Gautam Pratah, no sólo por haber incumplido en conseguir inversionistas sino porque el Ministerio Público inició una investigación en su contra. Ello originaba que los inversores potenciales no contacten con la sociedad, por no contar con capital suficiente y por temor a verse innecesariamente envueltos en una investigación penal.

Así, tras la deliberación, se acuerda la exclusión del accionista Gautam Pratah, quien, al verse afectado por el acuerdo, interpone una acción de nulidad contra el mismo. En virtud de lo expuesto en este apartado consideramos que, en este caso, sí resultaría aplicable el Test de Resistencia. Si bien el acuerdo por el cual se excluye al accionista de la sociedad anónima, está basado en sus características personales (esto es, su imagen frente a la opinión pública), el ordenamiento no ha recogido dentro del tipo societario de la S.A. el principio de irrelevancia de dichas características para tener la calidad de accionista. *Contrario Sensu*, respecto de las características personales del accionista, la norma ha previsto la posibilidad de pactar en contrario. Por lo que, interpuesta la demanda de nulidad contra el acuerdo que excluye al socio de una anónima por sus características personales, al aplicarse el Test, en caso subsista mayoría, la acción debe declararse infundada, y en caso no, la acción debe seguir su curso.

**2.2. Falta de manifestación de voluntad.** Conforme señala el Precedente de Observancia obligatoria<sup>93</sup> emitido por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, a propósito de impugnación y nulidad de acuerdos de Juntas de Acreedores, es preciso diferenciar la manifestación de voluntad del órgano (Junta General) y la de los integrantes del órgano (socios). Si bien se ha explicado en el capítulo anterior, que los socios que participan en la Junta, están llamados a expresar su voluntad *collegialiter* es posible identificar al interior de la voluntad social la expresión individual de cada voto. Precisamente, identificar los votos individualmente permite aplicar la regla de mayorías, consecuentemente, determinar si existe consenso respecto del punto de agenda deliberado.

Teniendo en cuenta ello, será posible aplicar el “Test de Resistencia”, en los supuestos en los que la acción de nulidad se haya fundamentado, ya sea, en la falta de manifestación de voluntad de la Junta, o la de los integrantes de la misma.

Para puntualizar el supuesto en el que se cuestiona la falta de manifestación de voluntad de la Junta, supongamos que la sociedad Transcontinental S.A. tiene 3 accionistas, Trenes del Perú S.A.C., Línea S.A.C. y Dany Taggart, quien a su vez es Gerente General. Posterior a la presentación del Plan de acción 2019, y verificando que se encontraban presentes todos los accionistas de Transcontinental S.A., se instaló una Junta General Universal y se fijó como punto de agenda i) la adquisición de maquinaria mediante leasing,

---

<sup>93</sup> Resolución N° 088-96-TDC, *op. Cit.*, p. 9.

ii) modificación del régimen de poderes respecto de los límites económicos de los apoderados, y iii) la revisión, comprobación y aprobación de la valorización de los aportes no dinerarios del último aumento de capital social. El acuerdo se adoptó con los votos de la mayoría simple de votos a favor de los socios Tresnes del Perú y Dany Taggart que además eran los accionistas que en el último aumento habían efectuado los aportes no dinerarios. En este supuesto verificamos que para la adopción del tercer acuerdo no existía manifestación de voluntad de la Junta, en tanto esta no se había reunido para un acuerdo que fuese de su competencia, sino de la competencia del Directorio de conformidad con el art. 76 de la LGS. Por lo que, aunque la defensa de la sociedad Transcontinental S.A. solicitara la aplicación del Test de Resistencia, éste no podría aplicarse.

Para esbozar el supuesto en el que se cuestiona la falta de manifestación de voluntad de los integrantes de la Junta, supongamos que la sociedad PRIORATO S.A. tiene como accionistas a los ciudadanos peruanos Antonio Frade y Ali Hurtado. En una Junta a la que asiste como invitado el inversor japonés Takoshi Miyagi, quien no entiende español, se suplanta a Antonio Frade para así fraguar un acuerdo de Junta General que autoriza a Ali Hurtado a transferir sus acciones al inversor japonés, con el voto favorable de la totalidad del accionariado supuestamente presente. Si los estatutos de la sociedad tenían una cláusula limitativa de la libre transmisibilidad de las acciones que exigía el previo acuerdo favorable de la Junta, en caso Antonio Frade impugne el acuerdo adoptado, sí podría plantearse el Test de Resistencia por falta de manifestación de miembro de la Junta, a cuyos efectos habría que analizar los porcentajes accionariales de votación de cada socio.

**2.3. Sujeto Incapaz.** Cuando se impugne un acuerdo bajo la causal de sujeto incapaz, de forma análoga a lo explicado en el inciso precedente sobre ausencia de manifestación de voluntad, habrá que diferenciar si la incapacidad recae en el órgano, es decir, la Junta o en sus integrantes, esto es, los accionistas. Ello porque, la incapacidad puede predicarse tanto del órgano, por ejemplo, cuando éste es incompetente para tomar determinados acuerdos o cuando se requiere una capacidad especial para adoptar un acuerdo; como también puede predicarse de los integrantes de la Junta, en el caso de los incapaces absolutos que adolecen de falta de capacidad de ejercicio.

Para ilustrar lo mencionado, en base al ejemplo de la sociedad Bayar Gharelú S.A. supongamos que la acción de impugnación contra el acuerdo que excluye a Gautam Pratah se declaró infundada. Posteriormente, Gautam Pratah toma conocimiento de una resolución

que declara a Ghita Singh interdicto y cuyos efectos se retrotraen a una fecha anterior a la instalación de la Junta. Estando dentro de plazo, al amparo del artículo 150 LGS, Gautam Pratah interpone nuevamente una acción de nulidad contra el acuerdo de lo excluye, indicando que este negocio jurídico fue celebrado por agente incapaz. En este caso, es sencillo advertir que la incapacidad que es causal de nulidad recae sobre uno de los integrantes de la Junta, concretamente sobre el accionista Ghita Singh. Teniendo en cuenta que estos votos han sido emitidos por una persona absolutamente incapaz<sup>94</sup>, no podrán conformar la voluntad social.

De manera similar al ejercicio realizado en el inciso anterior, se aplicará el Test de Resistencia descontando los votos del accionista que ha sido declarado incapaz absoluto, de modo que, si permanece la mayoría respecto de la decisión de excluir al accionista Gautam Pratah, la demanda deberá declararse infundada y en consecuencia, el acuerdo de exclusión seguirá produciendo sus efectos. No obstante, si descontados los votos, no subsiste la mayoría y la voluntad social cambia de sentido respecto de la adopción del acuerdo, la demanda deberá declararse fundada.

Para el caso en que la incapacidad afecte órgano, es decir, a la Junta, ya se ha explicado que no es posible aplicar el “Test de resistencia”.

**2.4. Acuerdos incursos en causal de anulabilidad prevista en la LGS o CC.** Teniendo en cuenta la opinión de Elías Laroza<sup>95</sup> sobre el contenido del artículo 139 LGS, podrían surgir dos posibles interpretaciones sobre los acuerdos cuestionados en base a este dispositivo. La primera, es que los acuerdos anulables reciban el mismo tratamiento y la segunda, es que reciban un trato diferente al de los demás supuestos mencionados en el 139 LGS.

Si bien se precisó el iniciar este capítulo que el artículo 139 LGS regula supuestos vinculados al aspecto intra-societario, la redacción del mismo en su cuarto párrafo faculta a que un tercero pueda cuestionar un acuerdo bajo cualquier supuesto de anulabilidad e incluso bajo los supuestos mencionados en el 139 LGS. Esto generaría un tratamiento distinto a la

---

<sup>94</sup> Son absolutamente incapaces los (i) menores de dieciséis años y (ii) los que se encuentren privados de discernimiento. Vid. Artículo 43 del CC.

<sup>95</sup> En opinión de Elías Laroza, incluir causales de anulabilidad en el primer párrafo del artículo 139 LGS es poco sistemática e induce a confusión. Elías, Enrique. Ley General de Sociedades comentada. Trujillo. 1998, p., 313.

acción de impugnación que en principio, según el artículo 140 LGS, correspondería únicamente a los accionistas.

Por visualizar lo mencionado, imaginemos que la sociedad Bayar Gharelú S.A. adopta un acuerdo simulado que afecta el interés de terceros, subsumiéndose dicho caso bajo el supuesto del inciso 3 del artículo 221 CC. Consecuentemente, el artículo 193 CC habilitaría al tercero afectado a solicitar la nulidad del acto, al amparo de alguna de las causales de anulabilidad. Asimismo, el tercero afectado podría ampararse en el 139 LGS para impugnar el acuerdo simulado, sin tenerse en cuenta que dicha acción se encuentra dirigida a los accionistas.

Por lo que, con la finalidad de unificar el tratamiento de los supuestos del 139 LGS, valga mencionar acuerdos contrarios al estatuto o pacto social, los que lesionan el interés social y los contrarios a la LGS, es que se critica la inclusión de los supuestos de anulabilidad en el 139 LGS, debiendo estos incorporarse en el 150 LGS. Esta posición, quedaría reforzada con la lógica del primer párrafo del artículo 140 LGS, de limitar la legitimación activa para los accionistas.

Sin perjuicio de esta posición unificadora y en concordancia con el 221 CC, la acción de anulabilidad procederá frente a acuerdos i) adoptados por un sujeto incapaz<sup>96</sup>, ii) que adolecen de error, dolo, violencia o intimidación, iii) simulados que perjudican el derecho de un tercero, iv) que la ley declare anulables.

En la misma lógica de los argumentos expuestos en los incisos b y c del presente apartado (sobre falta de manifestación de voluntad e incapacidad del agente), será posible aplicar el “Test de Resistencia” a aquellos acuerdos adoptados en una Junta en la que algunos de sus integrantes estén incurso dentro de las causales de anulabilidad previstas en el CC. Siendo válido aquel acuerdo en el que los votos viciados (emitidos por un incapaz relativo o cuando la manifestación de voluntad se haya visto viciada por error, dolo, violencia o intimidación) no modifiquen el sentido de la voluntad social.

---

<sup>96</sup> De acuerdo a la modificatoria realizada por el Decreto Legislativo No. 1384 publicado el 04 de setiembre de 2018 en el diario oficial El Peruano, son actos anulables aquellos realizados por un sujeto incurso en los numerales 1 al 8 del artículo 44 del CC.

## Capítulo 4

### Jurisprudencia sobre la Aplicación Práctica del Test de Resistencia

#### 1. En España

El mediático caso del Club Atlético de Madrid Sociedad Anónima Deportiva (en adelante, el Club) fue resuelto por el Tribunal Supremo a través de la Sentencia No. 697/2013 y es ejemplo del Primer Supuesto de aplicación del Test. En este caso, se demandó la nulidad de la instalación de la Junta General Extraordinaria de accionistas del Club, así como la nulidad de acuerdos de aumento de capital adoptados. En primera instancia, la Audiencia Provincial de Madrid resolvió declarando inválidos los votos de dos accionistas, indicando que no se les debió permitir la asistencia a Junta, asimismo, señaló que no debió contabilizarse sus acciones para el quórum de la Junta. Consecuentemente, la Audiencia Provincial declaró nulos los acuerdos impugnados. Recurrida esta sentencia, el Tribunal de segunda instancia confirmó que los votos de los accionistas cuestionados eran inválidos, toda vez que a la fecha de la Junta no habían desembolsado el valor de sus acciones. No obstante, advirtió un argumento que en primera instancia no se tomó en cuenta. Y es que, el sentido de la votación de la Junta por la que se adoptó el acuerdo de aumento de capital, no hubiese cambiado de no haberse considerado los votos inválidos. Ello debido a que se incluyeran o no los votos inválidos, subsistía la mayoría que adoptó los acuerdos.

Además de los supuestos de aplicación del Test de Resistencia expuestos en el presente trabajo, es decir, cuando concurren votos inválidos –Primer supuesto– y cuando se excluyen ilegítimamente votos –Segundo supuesto–, se advierte en la jurisprudencia comparada un tercer supuesto de impugnación de acuerdos. Al respecto, la jurisprudencia amplía la aplicación del Test de Resistencia para puntos en agenda deliberados y rechazados por la Junta o denominados también “acuerdos” negativos<sup>97</sup>. En estos casos, la acción de Impugnación se encontraría fundamentada en la irregularidad del procedimiento de adopción de los acuerdos y en determinados supuestos, se habría admitido la pretensión accesorio de adopción del acuerdo positivo.

El Tribunal Supremo<sup>98</sup> ha declarado que los acuerdos negativos son verdaderos acuerdos y, en consecuencia, –fácilmente se deducen– impugnables; siendo que «*No puede*

---

<sup>97</sup> Iribarren, M. (2016) “Más sobre acuerdos negativos y deberes de fidelidad de los socios”. Disponible en <http://almacendederecho.org/mas-acuerdos-negativos-deberes-fidelidad-los-socios/>

<sup>98</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de junio de 2015.

*negarse que se trate de un acuerdo, pues se decide que la sociedad no ejercite la acción social de responsabilidad contra los administradores por haberse cobrado unas retribuciones que no les correspondían (...). Es un acuerdo contemplado por la Ley<sup>99</sup>».*

Considerando lo explicado en el apartado III del presente trabajo, es posible advertir el Tribunal Supremo confunde el consenso alcanzado en Junta con la adopción de un acuerdo. Así, la naturaleza colegial de la Junta exige que los votos de los socios emitidos *uti universi* se consideren como consenso para que se adopte o no un acuerdo propuesto. Consecuentemente, el consenso en contra de la adopción de un acuerdo no puede ser estimado como un acuerdo de Junta.

Contrario a lo advertido, la jurisprudencia española ha señalado que: *“8.(...)De ahí que, no obstante tratarse de un acuerdo social negativo, en nuestro caso el hecho de haberse votado en contra por parte del único socio favorecido por la retribución combatida, obligue al tribunal a entrar en la acción de impugnación ejercitada<sup>100</sup>”; confundiendo en dicha afirmación el consenso de la Junta como un acuerdo de la misma.* Peor aún ha indicado que los tribunales que resuelven estos casos se encuentran facultados a adoptar el acuerdo discutido en Junta, pero no aprobado por falta de mayoría. Perpetuando este error, la jurisprudencia ha precisado que: *“8. Ahora bien, por excepción, los tribunales pueden constituir el acuerdo frente a la sociedad. Tal sucede en los acuerdos negativos cuando la falta de adopción del acuerdo (por oposición mayoritaria) se deba, decisivamente, al voto contrario de un socio que hubo de abstenerse por notorio conflicto de intereses, ya que habría votado quien no debía. En nuestro caso resultaba claro que votó por la no revocación de la retribución fue el socio liquidador interesado en su percibo<sup>101</sup>. (...)”.*

Resulta cuestionable que la jurisprudencia, por encima de lo determinado por la normativa especializada, admita el consenso de la Junta como un acuerdo –de tipo negativo– y declare procedente la acción de impugnación. Pero aún, resulta criticable justificar su forma de resolver basándose en una cuestión de utilidad: *“Aunque en rigor no cabe impugnación, no hay inconveniente en ejercitar, una acción para que se declare nulo el voto determinante negativo emitido por quien no podía o debía hacerlo o para que se declare nula la decisión de privación ilegítima del derecho de voto a un socio que, de haber*

<sup>99</sup> Iribarren, M. (2016) “Más sobre acuerdos negativos y deberes de fidelidad de los socios”. Disponible en <http://almacendederecho.org/mas-acuerdos-negativos-deberes-fidelidad-los-socios/>

<sup>100</sup> Sentencia de 25 de julio de 2014, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15).

<sup>101</sup> Sentencia de 25 de julio de 2014, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15).

*participado en la votación, hubiera posibilitado la adopción del acuerdo (...)*<sup>102</sup>. Contrario a ello, en estos casos lo que debe cuestionarse es la validez de la instalación de la Junta y no la voluntad emitida por ella. Es decir, si se evalúa la instalación de la Junta, y ésta no fue válidamente constituida, no existirá, por tanto, voluntad que declarar. No obstante, es fácil advertir que si se cuestiona la validez de la Junta y se determina que ésta fue inválidamente constituida, no podría admitirse la posibilidad de que el Tribunal adopte el acuerdo discutido en Junta, pero cuya votación no alcanzó la mayoría requerida. Ello porque no habría órgano constituido, capaz de declarar una voluntad tendente a la adopción del acuerdo.

No sólo la jurisprudencia, sino también la doctrina española ha defendido esta criticable postura, señalando como acumulativa a la pretensión de nulidad de acuerdo negativo, la de adopción de acuerdo: *“(...)A esta acción declarativa deberá acumularse necesariamente una segunda acción para que se condene a la sociedad a proclamar el resultado de la votación y a rectificar el acta de la junta de modo tal que refleje ese resultado, es decir, el acuerdo positivo. En estos casos, el juez no sustituye la voluntad social, sino que la sentencia declara la voluntad positiva real frente a la ilegítimamente proclamada voluntad negativa. Si la sociedad no ejecuta voluntariamente la condena a proclamar el resultado de la votación y a declarar adoptado el acuerdo –concluye– podrá serlo por el juez conforme a las normas sobre condena a emisión de una declaración en caso de inexecución de las obligaciones de hacer”*. (sub art. 204 LSC, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, 2011, pp. 1438 a 1440)<sup>103</sup>.

## 2. En Alemania

La Jurisprudencia resuelve casos aplicando el Test de Resistencia a casos subsumidos dentro del Segundo supuesto, es decir, en los que se excluyen ilegítimamente votos. Así, el Tribunal de Múnich resolvió un caso de impugnación de una serie de acuerdos sobre reducción y aumento de capital, donde el presidente de la junta para alcanzar la mayoría

<sup>102</sup> Iribarren refiriéndose a sub art. 204 LSC, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, 2011, pp. 1438 a 1440 en Iribarren, M. (2016) “Más sobre acuerdos negativos y deberes de fidelidad de los socios”. Disponible en <http://almacenederecho.org/mas-acuerdos-negativos-deberes-fidelidad-los-socios/>

<sup>103</sup> Iribarren, M. (2016) “Más sobre acuerdos negativos y deberes de fidelidad de los socios”. Disponible en <http://almacenederecho.org/mas-acuerdos-negativos-deberes-fidelidad-los-socios/>

requerida para este tipo de acuerdos, excluyó los votos del minoritario opositor por desleales<sup>104</sup>.

Sin perjuicio de la aplicación práctica del Test de Resistencia al Segundo supuesto, es decir, verificando si existe mayoría requerida aún después de incorporar los votos ilegítimamente excluidos, la decisión el Tribunal de Múnich bajo el procedimiento especial denominado *Freigabeverfahren* (§ 246a AktG), fue la de conservar los efectos del acuerdo tras la constatación de la manifiesta falta de fundamento, perjuicios para la sociedad y sus accionistas en caso de nulidad superiores a los experimentados por el impugnante, entre otros.

### 3. En Italia

La posibilidad de impugnar un acuerdo negativo es defendida tanto por la doctrina<sup>105</sup> como por la jurisprudencia. Al respecto, el Tribunal de la Empresa ha señalado la posibilidad de impugnar un "acuerdo negativo". Así, dicho Tribunal determinó que en la Junta en la que se permitió la participación de un socio con intereses en conflicto con la sociedad, el acuerdo deliberado, pero no adoptado resultaba impugnabile. En este caso, una sociedad anónima se disponía realizar un aumento de capital y sobreponerse a la difícil situación económica por la que atravesaba. No obstante, el voto en contra de un socio minoritario (29,98%) no permitió adoptar el acuerdo de aumento, toda vez que se exigía mayoría calificada para la adopción del acuerdo. No obstante, posterior a la celebración de la Junta se informó que este socio minoritario ejercía una actividad competitiva con la de la sociedad anónima y la quiebra, liquidación y extinción de ésta lo favorecía. Consecuentemente, se determinó que este voto había sido ejercido mediando un conflicto de interés con el de la sociedad, por lo que, el "acuerdo negativo" resultaba impugnabile.

De lo expuesto, cabe precisar que, en la resolución de casos de impugnación, tanto el tribunal español, alemán como el italiano comparten el criterio de la libertad de los socios

---

<sup>104</sup> Sentencia del Tribunal Federal de fecha 12 de abril de 2016. Disponible en <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&client=12&nr=74918&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>

Comentarios en Iribarren, M. (2015) "Acuerdos negativos y deberes de fidelidad de los minoritarios". Disponible en <http://almacenederecho.org/acuerdos-negativos-y-deberes-de-fidelidad-de-los-minoritarios/>. Detalla el caso sentencia del Oberlandesgericht de Múnich, 16.1.2014, publicada en ZIP, 2014, pp. 472 a 476. V., al hilo de esa sentencia, SEIBT, "Sanierungsgesellschaftsrecht: Mitgliedschaftliche Treupflicht und Grenzen der Stimmrechtsausübung in der Aktiengesellschaft", ZIP, 2014, pp. 1909 a 1916).

<sup>105</sup> Cian, M. (2003) *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, Turín.

de votar en la junta general a favor o en contra de las medidas de saneamiento de la sociedad. Y si bien no existe deber alguno establecido en la ley por el que los socios deban apoyar dichas medidas, a criterio de las jurisprudencias mencionadas, los socios no podrán apoyar mediante su voto cualquier tipo de medida perjudicial para la sociedad que los beneficie personalmente<sup>106</sup>. Asimismo, se preferirán aquellas medidas protectoras que permitan conservar los acuerdos como negocios jurídicos.

#### 4. En Perú

A diferencia de los ordenamientos anteriores, en la normativa peruana aún no se ha incorporado la figura del Test de Resistencia. Tal como se explicó en los apartados anteriores, este instrumento jurídico permite preservar la validez, en determinados supuestos, del acuerdo societario adoptado. Por lo que, carecer de este mecanismo impide a los operadores jurídicos evaluar *a priori* si la acción de nulidad o impugnación procede y si, consecuentemente, resulta inútil permitir un proceso que obstaculice el desarrollo de una Sociedad, cuando a partir de la aplicación del Test es previsible ya el resultado de la resolución judicial.

Sin perjuicio de lo mencionado, la figura del Test de Resistencia ha sido ya aplicada en materia concursal. Así, INDECOPI a través de la RESOLUCION N° 119-97-TDC recaída en el procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 141-95-CSA, resolvió que la acción de impugnación debe declararse infundada cuando el número de votos viciados de los acreedores, es irrelevante toda vez que, de no contarse dicho número no se origina ningún cambio en el resultado de la votación. Esta aplicación fue uniformizada por INDECOPI a través de la resolución N° 088-96-TDC que constituye precedente vinculante y que establece los criterios para la aplicación del Test.

De lo expuesto, resultaría lógico preguntarse ¿si este Test aplicable a los acuerdos de Junta de Acreedores, puede aplicarse en los acuerdos de Junta General de Accionistas? La respuesta es sencilla. Este Test puede aplicarse porque tanto los acuerdos de Junta de acreedores como los acuerdos de Junta General de Accionistas son adoptados por órganos colegiados.

---

<sup>106</sup> Iribarren, M. (2015) "Acuerdos negativos y deberes de fidelidad de los minoritarios". Disponible en <http://almacendederecho.org/acuerdos-negativos-y-deberes-de-fidelidad-de-los-minoritarios/>

Corresponde entonces cuestionarse ¿por qué y para qué debe aplicarse este Test en los acuerdos de Junta General de Accionistas? Aunque en el capítulo 3 ya se ha dilucidado las respuestas, reiteramos que debe aplicarse el Test porque la Seguridad Jurídica es una exigencia que corresponde a los valores supremos de justicia e igualdad materializables en todo Estado de Derecho. Asimismo, el Test debe aplicarse en los acuerdos mencionados para garantizar la estabilidad de los acuerdos adoptados.

Conviene agregar que, para evitar resoluciones en casos similares de impugnación y nulidad de acuerdos, resultaría conveniente que la Comisión encargada de elaborar el proyecto de reforma de la LGS, incluyera en su proyecto la incorporación del Test de Resistencia. Con el ánimo de aportar en esta labor, a continuación, el desarrollo de un proyecto de reforma de la LGS por el que se incluye el Test de Resistencia.



## Conclusiones

1. Preservar la validez de los negocios jurídicos, entre ellos de los acuerdos societarios, es una exigencia de los principios de Seguridad Jurídica, de Protección del tráfico jurídico-comercial y de Celeridad. De la mano de estos principios, surge el Test o Prueba de la Resistencia como un mecanismo que permite materializarlos.
2. El Test de la Resistencia es el instrumento jurídico que permite preservar la validez del acuerdo societario. Su aplicación podría realizarse en dos supuestos hipotéticos. El primero, frente a un acuerdo adoptado en una Junta cuya manifestación de voluntad incluyó un porcentaje de votos vetados legítimamente y el segundo, frente a un acuerdo adoptado en Junta cuya manifestación de voluntad excluyó un porcentaje de votos vetados ilegítimamente. Este Test en protección de los principios mencionados garantiza la estabilidad de los acuerdos de adoptados; accesoriamente limita la interposición abusiva de acciones de impugnación y nulidad.
3. Esta prueba puede aplicarse a los acuerdos de Junta General de Accionistas debido a la colegialidad de dicho órgano y a la regla de la mayoría que rige la constitución de la voluntad social.
4. El Test de Resistencia puede aplicarse en los siguientes supuestos:
  - i. Acuerdos contrarios al orden público, siempre que por éste se entienda a aquellos principios configuradores de una sociedad, que no se encuentren recogidos en la ley.
  - ii. Acuerdos que carecen de manifestación de voluntad del agente o celebrados por agente incapaz.
  - iii. Acuerdos adoptados en Junta en la que alguno de sus integrantes esté incurso en causales de anulabilidad del CC.



## Referencias bibliográficas

- Aldea, V. (2012) Los acuerdos de accionistas y socios: Requisitos societarios. 1era edición ECB Ediciones S.A.C. Lima, Perú.
- Bohorquez, A. (2004) De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Cian, M. (2003) *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, Turín.
- Cieza, J. (2012) *Problemática de la nulidad y la impugnación de los acuerdos de las sociedades y asociaciones. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica
- Código Civil Peruano (1984)
- Código Civil Italiano (1942)
- Delgado, J & Vigo, R. (1997) *Sobre los principios jurídicos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot
- Elías, E. (1998) *Ley general de sociedades: comentada*. Trujillo: Normas legales
- Gherzi, C. et al. (2005). *Nulidad de los Actos Jurídicos: civil, comercial, penal, procesal*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Ginés, N. (2013) *Impugnación de acuerdos sociales y abuso de derecho: algunas reflexiones para el ordenamiento jurídico español a la luz de la experiencia francesa*. Revista de Derecho de Sociedades 40. Enero-Junio 2013. Págs. 273-315
- Iribarren, M. (2016) *Más sobre acuerdos negativos y deberes de fidelidad de los socios*. Recuperado de <http://almacenederecho.org/mas-acuerdos-negativos-deberes-fidelidad-los-socios/>
- Hundskopf, O. (2017) *Reflexiones sobre la invalidez de los acuerdos de Directorio de sociedades anónimas*. Actualidad Jurídica. Tomo 285. Agosto. Pág. 192-209
- Ley N° 26887- Ley General de Sociedades (1997).
- Ley N° 26702- Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (1996).
- Marín, M. (1990) *El principio de conservación de los actos y negocios jurídicos <<utile per inutile non vitiatur>>*. Barcelona: Bosch

- Montoya, H [ et alt]. (2015) *ACUERDOS SOCIETARIOS: Nulidad e Impugnación*. Gaceta Jurídica S.A. Noviembre. 1era Edición. Lima, Perú.
- Navarrete, J. (2017) *Invalidez de los acuerdos societarios. El Test de resistencia*. Publicado el 04 de agosto. Recuperado de <https://www.enfoquederecho.com/2017/08/04/invalidez-de-acuerdos-societarios-el-test-de-resistencia/>
- Peñas, B. (2014) *Los acuerdos sociales <<Inimpugnables>>: una categoría todavía atípica en derecho español de sociedades, pero ya validada por la doctrina de la <<Prueba o test de resistencia>>*. En *Revista de Derecho de Sociedades* 43, Julio-Diciembre. Págs. 335-356.
- Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial. 29 de noviembre del 2008. Lima.
- Precedente de observancia obligatoria, emitido por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 088-96-TDC recaída en el Expediente N° 054-94-CRE-CAL
- Román, M. (2010) *El derecho de impugnación de acuerdos societarios. Análisis del régimen jurídico de impugnación e invalidez de los acuerdos adoptados por la junta general de socios*. Trujillo: Grijley EIRL
- Sanchez, F (2007). *La junta general en las sociedades de capital*. Madrid: Thomson-civitas.
- Taboada, L. (2013). *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*. Lima: Grijley
- Torres, M. (2009) *Problemática de las juntas generales en la jurisprudencia societaria*. Gaceta Jurídica S.A. enero 2009. 1era edición. Lima, Perú.
- Ramírez, L. Pro manuscriptum.
- Rodríguez, F. Dir. (2011). La Junta General. En *Revista de derecho de Sociedades*. Thomson Reuters. 1 numero 36. Pág. 133-147.
- Res. N° 200-2001-SUNARP-SN- Reglamento del Registro de Sociedades (2001).