

“Se trata pues de pactos entre los socios, al margen del contrato de sociedad y distinto de éste, para modificarlo o complementarlo, buscando además uniformizar y unificar dichos intereses y votar de manera unitaria (...)”.

Alcances y operatividad de los convenios de accionistas en las sociedades anónimas

Dr. Jorge L. Conde Granados*

26

Cuando el accionista Charles Stoneham, quien era dueño mayoritario de la National Exhibition Company (NEC), empresa propietaria del equipo de béisbol The New York Giants, decide transferir una parte de sus acciones a los señores Francis McQuade y John McGraw (70 acciones a cada uno), estableció como condición de la venta que los tres ingresen en un contrato que establecía que las partes hacían “todos los esfuerzos posibles”² para asegurarse que cada uno de ellos sigan siendo los directores de NEC y; además, que Stoneham se comprometía a emplear sus mejores esfuerzos para mantener a McQuade en la junta directiva mediante votación en la Asamblea General y a utilizar su mayoría para asegurar el pago de los honorarios de McQuade. En este caso, y luego de transcurridos aproximadamente nueve años, se promueve la elección de la nueva junta directiva, la cual estaba compuesta por siete directores, de los cuales cuatro fueron seleccionados por Stoneham. Sin embargo, en la reunión de la junta para elegir a los directores, Stoneham y McGraw no votaron, votó por sí mismo McQuade, y los restantes votaron por no continuar con los servicios de McQuade. McQuade presentó una demanda por incumplimiento de contrato contra Stoneham y McGraw, supuestamente por no usar sus mejores esfuerzos para mantenerlo como director en la sociedad. Los demandados alegaron que el contrato era nulo porque la obligación de actuación debe de ser para los mejores intereses de la empresa, el mismo que reemplazó el contrato. Finalmente, en última instancia, las Cortes Norteamericanas determinaron restringir los efectos del acuerdo, de manera que éstos no generen conflictos con la gestión administrativa de la sociedad. Es decir, que los efectos de la aplicación de un Acuerdo Para-societario no pueda restringir, y menos contravenir, los deberes fiduciarios de lealtad que la junta directiva tiene para con la sociedad; asimismo, declararon nulo dicho contrato por la imposición de condiciones y limitaciones a las facultades que son propias de una junta directiva, como era la de la National Exhibition Company (NEC)³.

“Las sociedades Turística Konrad-Hidalgo S.L. y Camanchaca S.L. pertenecían al grupo encabezado por la entidad Kurt Konrad y Cía. S.A. Las participaciones sociales de ambas compañías pertenecían, en proporciones desiguales, a dos grupos familiares. A fin de evitar problemas futuros entre los dos grupos familiares, todos los socios de las dos familias implicadas suscribieron en 1997 un contrato entre socios que debería aplicarse a todas las sociedades del grupo en cuestión, incluyendo Turística Konrad-Hidalgo, S.L. y Camanchaca, S.L. Entre otras disposiciones, el pacto para-social establecía la obligación de ambos grupos familiares de votar afirmativamente en las respectivas juntas generales para lograr una cierta composición del órgano de administración; asimismo, el acuerdo para-social establecía una suerte de derecho de representación proporcional en el Consejo de Administración. Sin embargo, durante el año 2000 se produjeron graves desavenencias entre ambos bloques de socios, y el

* Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, catedrático de dicha casa de estudios en los cursos de Derecho Societario y Corporativo. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima, con estudios de postgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) - Argentina, Universidad Alfonso Ibáñez (UAI) - Chile y en la Washington Collage of Law de la America University (AU) - EE.UU. Abogado y apoderado en Cementos Portland S.A. y árbitro en materia de Derecho Corporativo, Mercantil, contractual y contrataciones del Estado del OSCE.

1 Para una mejor comprensión del presente artículo, todo lo subrayado será propiedad del autor.

2 *McQuade v. Stoneham*. 264 N.Y. 460, 191 N.E. 514, 1934 N.Y.

grupo familiar minoritario impugnó ciertos acuerdos sociales de Turística Konrad-Hidalgo, S.L. y Camanchaca, S.L., respectivamente. Las acciones entabladas por los minoritarios se fundamentaban, en esencia, en que los acuerdos sociales impugnados habían sido adoptados por el grupo mayoritario sin atenerse a lo acordado en el pacto entre socios suscrito en 1997”³. En concreto, en el caso de Turística Konrad-Hidalgo, S.L., la impugnación se refería al acuerdo de junta por el que se nombraba a un nuevo consejero afín al grupo mayoritario; por su parte, la acción de impugnación de acuerdos sociales de Camanchaca, S.L. solicitaba la declaración de nulidad de los acuerdos del consejo de la compañía por la que se ratificaban ciertos actos realizados por un apoderado nombrado por el grupo accionarial mayoritario y, además, se confería un nuevo poder a otro apoderado perteneciente al citado grupo mayoritario. En ambos casos, los recursos de casación fueron desestimados. La *ratio decidendi* de las dos sentencias desestimatorias fue que la infracción del convenio para-social no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado.

Como podemos ver de los casos descritos, los Convenios de Accionistas son cada vez más frecuentes en la literatura jurídica universal, todos ellos vistos desde la perspectiva de sus normativas locales o a través de las jurisprudencias, algunos se encuentran regulados *per se* de manera taxativa en sus leyes o normativas comerciales - societarias en donde señalan todas las formalidades que nacen desde su conformación, pasando por la información, mecanismos de comunicación, oponibilidad, registrabilidad, entre otros; como lo demuestra la regulación alemana. Otros, dejando abiertos a la existencia de los sindicatos de accionistas de manera reservada, así como para aquellas sociedades que cotizan en Bolsa (Pactos para-sociales sujetos a publicidad), como es el caso de la nueva Ley de Sociedades de Capital española; y otras regulaciones que, si bien es cierto, reconocen la existencia de dichos Convenios, no regulan de manera clara elementos tales como la oponibilidad de dichos Convenios a la sociedad, su correcta aplicación, establecimiento de responsabilidad por parte de la sociedad de la correcta aplicación, entre otros, como es el caso de nuestra normativa.

Atendiendo a lo anterior, es necesario contar en nuestra regulación con reglas claras de aplicación de dichos Convenios, más aún cuando hoy en día las empresas que se encuentran con la capacidad de realizar inversiones (aprovechando incluso los costos de oportunidad), tanto a nivel nacional como internacional, con el objetivo de obtener rendimiento en el corto plazo o de crecer de manera sostenida en el largo plazo, buscan bajo diferentes mecanismos contractuales y/o societarios, crecer bajo su propia actividad económica o a través de la diversificación de sus actividades, siendo estas razones (como también pueden haber otras) las que llevan a dichas empre-

sas a obtener la tan ansiada rentabilidad o presencia en diferentes mercados. Los mecanismos contractuales y/o societarios como son las alianzas estratégicas, las adquisiciones de empresas (mediante Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones, fusiones o adquisición de activos), contratos asociativos, o ingresando a una sociedad a coste de la adquisición de una participación que le pueda dar la ventaja suficiente en la dirección y administración de dicha sociedad, no son más que algunos mecanismos con los que los empresarios y/o inversionistas cuentan para su incursión en una sociedad, o estando en ella poder asociarse con otras para buscar mayores beneficios. En esta línea, y tal como venimos señalando, serán los Convenios de accionistas aquellos mecanismos contractuales con los cuales los accionistas podrán desarrollar mejor sus operaciones en la sociedad, bien con el ánimo de protegerse o bien para limitar ciertas acciones, pero en ambos casos buscando el beneficio no solo de los socios sino también de la sociedad.

Por ello, siendo ésta última una de las modalidades que cada vez tiene mayor interés en la realidad económica de nuestro país, en virtud a la apertura de mercados, apertura de sociedades, inversiones en proyectos mineros, etc., es que dicho inversionista buscará de ejercer de manera “*óptima*” la dirección y administración de dicha sociedad, y esto lo podrá ejercer a través de dicho Convenio.

El presente artículo no pretende discutir si nuestra Ley General de Sociedades estableció con acierto el nombre de “Convenios entre socios o entre éstos y terceros”, y no los de “Pactos Para-societarios” o “Sindicación de Acciones” o “Sindicato de Acciones”, entre otros. Lo que pretende es dar algunos alcances de los Convenios de Accionistas, su naturaleza jurídica, las formas establecidas en nuestro régimen y la de la doctrina comparada, sus problemas de aplicación en los respectivos artículos de la Ley General de Sociedades, la discusión actual de dicha figura en cuanto a las holding y la conclusión de ordenar dicha institución como un Capítulo dentro de nuestra actual Ley General de Sociedades.

1. CUESTIONES PREVIAS SOBRE LOS CONVENIOS DE ACCIONISTAS.

La evolución de nuestro Derecho Societario ha venido dando muchos giros mediante la incorporación de figuras como las acciones sin derecho a voto, la transmisibilidad de las acciones, los gravámenes sobre acciones que puedan limitar el ejercicio del derecho a voto y los convenios entre los accionistas.

Por ello, esta consagración legal de los Pactos o Convenios de accionistas en nuestra Ley General de Sociedades no es más que darle una opción al órgano de propiedad de la sociedad o a los futuros accionistas ingresantes a la sociedad (caso de la apertura de una Sociedad Anónima Cerrada para luego convertirse en una Sociedad Anóni-

3 Ver en: Ruiz Cámara, Javier y Torregosa Elena, “Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los pactos parasociales (A propósito de las SSTs de 6 de marzo de 2009)”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2009.

ma Ordinaria u Convencional) la posibilidad de velar por sus propios intereses, con relación a la inversión realizada o a la inversión por realizar. Por ello es que predomina aquí el triunfo de la autonomía de la voluntad de las partes, en donde dicha autonomía no debe transgredir lo regulado por el objeto social o los estatutos sociales, por lo cual nos encontraríamos posiblemente ante una irrestricta figura, que son los *actos ultra – vires*⁴.

Otra nota interesante es que en esta Contractualización⁵ del Derecho Societario tales como: los contratos de opción para la suscripción de acciones⁶ o el Libro Quinto de la Ley General de Sociedades sobre Contratos Asociativos, entre otras figuras, van a tener su mayor expresión en los Convenios de Accionistas, ya que abre diferentes posibilidades de hacer negocios societarios así como dinamizar la actividad societaria, formalizar grandes y atractivos proyectos empresariales y no estar, por tanto, sujetos a los que muchos tratadistas conciben a la sociedad como “*corset societario*”.

Finalmente, nuestra Ley General de Sociedades, si bien es cierto, ha declarado de manera general la *legalidad* de los convenios de accionistas, a través de lo señalado por el Artículo 8° de la referida Ley; sin embargo, dicho artículo no se ha ocupado por definir o regular de manera conveniente sus modalidades, y esto es, por ejemplo, dentro del Sindicato de Acciones (el Sindicato de Voto, el Sindicato de Bloqueo, Sindicato de Administración, entre otros), por lo que, tal como señalan algunos autores, no logra solucionar algunos problemas como son: Si son válidos los contratos mediante el cual se transfieren de manera indefinida el derecho a voto, o si está permitido *per se* la venta del voto, o ¿Cómo es oponible la comunicación de la suscripción del Convenio de Accionistas que obliguen entre los socios u estos para con la sociedad?, entre otros. Por ello es que pasaremos a dar algunas precisiones acerca de lo que involucra en nuestra normativa la naturaleza jurídica de estos Convenios de Accionistas.

1.1. NATURALEZA JURIDICA.

Es claro que la doctrina y la jurisprudencia han enmarcado a los Convenios de Accionistas como una figura

contractual por excelencia, en donde va a primar el principio de la autonomía de la voluntad⁷ de los contratantes, diferenciándose de las demás formas contractuales reguladas en nuestro Código Civil Peruano, tales como los contratos de compra – venta, de permuta, de arras, arrendamiento, etc. En este sentido, y tal como lo señala la doctrina, estos “acuerdos de caballeros” o “pactos de honor” (gentlemen’s agreements) han sido señalados como aquellos acuerdos extra societarios en donde la reserva y muchas veces su ocultamiento no hacen más que respetar esta autonomía, el mismo que será de solo aplicación a los accionistas o partes que suscriben dicho Convenio.

Pues bien, dichos contratos se encuentran de alguna manera reconocidos en el artículo 1434⁸ de nuestro Código Civil, el cual se funda en el caso del incumplimiento por los contratantes (en este caso, accionistas) cuando se trate de contratos con prestaciones plurilaterales autónomas, o para el caso de los contratos de adhesión de un tercero según lo regulado en el artículo 1391° del Código Civil⁹. Sin embargo, del estudio de dichos contratos plurilaterales, nuestro Código Civil no define de manera expresa dichos contratos, pero el sentido plurilateral sí se encuentra regulado dentro del Artículo 223° del Código Civil cuando se habla de *acto plurilateral*¹⁰, por lo que, de manera supletoria, acudiremos a la doctrina y legislación comparada, para señalar que dichos Convenios, dentro de su naturaleza contractual plurilateral, no son más que “*los contratos que contextualmente generan obligaciones para varias partes, o ajustan intereses de varias partes, entre sí interdependientes*”¹¹, y estos nacen a su vez de la definición señalada en el artículo 1321° de nuestro Código Civil en la expresión de “*acuerdo de dos o más partes...*”.

Asimismo, es importante indicar que artículos como la excepción de incumplimiento (artículo 1426°), excepción de caducidad de plazo (artículo 1427°), resolución por incumplimiento (artículo 1428°), resolución de pleno derecho (artículo 1429°), todos correspondientes a la figura de los contratos con prestaciones recíprocas, no son de cumplimiento expreso para el caso de este tipo de contratos, como lo son los Convenios de Accionistas; sin embargo, podría aplicarse la cláusula de resolución

4 Artículo 12° de la Ley General de Sociedades. Ley N° 26887 que entró en vigencia el 1 de enero de 1998.
 5 GUTIERREZ. CAMACHO, Walter: Los contratos Parasocietarios y la contractualización del Derecho Societario, en: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Balance de la Ley General de Sociedades, a tres años de su vigencia. Número 52, Año XVI.
 6 Artículo 103° de la Ley General de Sociedades. Ley N° 26887.
 7 Código Civil Peruano. Decreto Legislativo N° 295 de fecha 24 de julio de 1984, que en su artículo 1354 señala lo siguiente:
Artículo 1354°.- Contenido de los contratos
 Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.
 8 **Artículo 1434°.- Incumplimiento de prestaciones plurilaterales autónomas**
 En los contratos plurilaterales con prestaciones autónomas, la imposibilidad sobreviniente de cumplir la prestación por una de las partes no determina la resolución del contrato respecto de las otras, a menos que la prestación incumplida se considere esencial, de acuerdo con las circunstancias.
 En los casos de incumplimiento, las otras partes pueden optar por resolver el vínculo respecto del que hubiese incumplido o exigir su cumplimiento
 9 **Artículo 1391°.- Adhesión de tercero**
 Cuando se permita la adhesión por terceros a un contrato ya celebrado y no se determine la manera de adherirse, el interesado debe dirigirse al órgano constituido para la ejecución del contrato o, a falta de él, a todos los contratantes originarios
 10 **Artículo 223.- Nulidad en el acto plurilateral**
 En los casos en que intervengan varios agentes y en los que las prestaciones de cada uno de ellos vayan dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte al vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad del acto, salvo que la participación de ella deba considerarse como esencial, de acuerdo con las circunstancias.
 11 ROPPO, Vincenzo “El Contrato”. Editorial Gaceta Jurídica. Edición Enero 2009. Lima, Perú, p. 141.

expresa, en donde solo será con relación al accionista o grupos de accionistas (o parte contractual) incumplidor, incluyendo de alguna forma una cláusula penal (penalidad) por el daño que pueda ocasionar a los demás accionistas (o partes) por dicho incumplimiento.

En caso de la imposibilidad sobreviniente del cumplimiento de la prestación de una de las partes, no generaría la resolución de dicho contrato plurilateral por cuanto pueden persistir diversas manifestaciones de voluntad que seguirían ayudando a la aplicación de dicho contrato. Por ello, la categoría contractual que debemos de otorgarle a estos Convenios de Accionistas es en función a que las diversas manifestaciones de voluntad se encaminan a un fin en común y lícito¹², es decir, a la formación de una organización (que puede ser en este caso un sindicato) y su respectivo funcionamiento; visto de otro modo, vendría a ser un “contrato satelital” a lo ya denominado contrato de sociedad el mismo que en muchas veces es creado después de la constitución de la sociedad.

Asimismo, la otra naturaleza que manejan los Convenios es aquella según la cual, tienen un carácter asociativo, más aún cuando diversos autores hacen bien en relacionar estos Convenios de Accionistas con la doctrina de los contratos asociativos regulado en el Artículo 438° de nuestra Ley General de Sociedades: *“aquel que crea y regula las relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. El contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro”*. Vale decir que esta organización que se genere no va a estar constituido de un patrimonio autónomo y menos genera una personalidad jurídica distinta al contrato de sociedad, así como tampoco podrá su organización involucrar su funcionamiento a terceros no agrupados en dicho contrato.

Es claro precisar, tal como lo señala GUTIERREZ CAMACHO, Walter que:

“si bien los contratos de sindicación (para nosotros Convenios de Accionista) son contratos plurilaterales y asociativos, no debe identificarse contratos asociativos con contratos plurilaterales, pues es posible que un contrato asociativo no sea un contrato plurilateral; tal lo que acontece en el caso del contrato de asociación en participación, que en nuestro derecho lo mismo que en otras latitudes es considerado como asociativo, pero que estructuralmente es un contrato con prestaciones recíprocas. En suma, cuando nos referimos a estas dos clases de contratos (plurilateral y prestaciones recíprocas) hay que tener en cuenta que lo hacemos atendiendo a perspectivas distintas:

*en una, atendiendo al fin del contrato, y en otra, a las prestaciones que lo integran”*¹³.

Finalmente, está el principio de consensualidad de estos Convenios de Accionistas y que, justamente, atendiendo al desarrollo del Derecho Moderno, hoy en día permite celebrar contratos atípicos, tal como lo regula el artículo 1352¹⁴ de nuestro Código Civil, en donde establece que las partes pueden celebrar contratos siempre y cuando que los mismos no pertenezcan a los tipos o modelos contractuales que tiene una regulación específica, doctrina concordante con la figura de la libertad contractual. Para el caso del presente trabajo, estos Convenios de Accionistas, estructuran su referido contrato atípico en virtud a las razones particulares de organización de sus operaciones (gestión social de la sociedad), siendo estos los más idóneos para su correcta aplicación y garantizar así la eficacia de su acción. En este sentido, y tal como lo señala ROPPO, Vincenzo *“Los pactos para-sociales han recibido una tipificación sui generis: la ley ahora los prevé, no tanto para disciplinar derechos y obligaciones recíprocos de las partes; sino esencialmente para poner en relación a estos límites de contenido y obligaciones de conducta, relevantes ante la autoridad pública”*¹⁵. Por ello, es común ver más regulaciones específicas sobre estos Convenios de Accionistas (en donde predomina su definición, funcionamiento y operatividad), y a lo mejor esta figura en un futuro no muy lejano puede seguir la misma suerte que siguieron los denominados “contratos de leasing” que en un primer momento fueron considerados como contratos atípicos, aprovechando esta libertad contractual, y que luego pasaron, en virtud a las situaciones de la realidad social – jurisprudencial, a darle una suerte de “tipicidad”, convirtiéndose luego en la forma más común de realizar diversas modalidades de estos contratos.

1.2. FORMAS DE CONVENIOS

Estos Convenios de Accionistas, Acuerdos Privados entre los Accionistas, Shareholders Agreements, Pactos de Accionistas, Pactos Parasocietarios, Sindicatos de Accionistas; según la doctrina, persiguen diferentes formas o categorías, tales como: i) Sindicato de voto, ii) Sindicato de Bloqueo y iii) Sindicato de Administración. Para CAMACHO GUTIERREZ, Walter¹⁶ además de lo anteriormente indicado agrega al Sindicato Financiero; lo mismo sucede con ABRAMOVICH ACKERMAN, Daniel¹⁷, quien señala que forma parte de los Convenios de Accionistas: i) Sindicatos de acciones y ii) Meros pactos de Accionistas. REYES VILLAMIZAR, Francisco¹⁸, por su parte, los establece como: i) Acuerdos fiduciarios de vo-

12 Entendiéndose a dicha lícitud que no vaya contra el orden público y las buenas costumbres, así como también contra las normas imperativas pertinentes.

13 GUTIERREZ CAMACHO, Walter “Los Contratos Parasocietarios y la Contractualización del Derecho Societario”, Ver en: Balance de la Ley General de Sociedades a 3 años de su vigencia. Revista Peruana de Derecho de la Empresa, edición N° 52. Lima, Perú.

14 **Artículo 1352.- Principio de consensualidad**

Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

15 ROPPO, Vincenzo. Op. Cit., p. 397.

16 GUTIERREZ CAMACHO, Walter “Los Contratos Parasocietarios y la Contractualización del Derecho Societario”, Ver en: Balance de la Ley General de Sociedades a 3 años de su vigencia. Revista Peruana de Derecho de la Empresa, edición N° 52. Lima, Perú.

tación (voting trusts), ii) Acuerdos de votación (pooling agreements) y iii) Otros Pactos de frecuente utilización en acuerdos parasocial. PAZ – ARES, Cándido¹⁹ los divide en: i) Los pactos de relación, ii) Pactos de atribución y iii) Pactos de Organización; y otros los ubican como: i) Por sus elementos subjetivos, ii) Por sus elementos objetivos, iii) Por el tipo de negocio y iv) Por su forma, o en su caso los pactos o convenios de sindicación de acciones o de participaciones sociales se pueden clasificar también tomando en cuenta distintos criterios²⁰: A) Atendiendo a la finalidad perseguida por los mismos, B) De acuerdo a la situación de las acciones sindicadas, C) De acuerdo al funcionamiento interno del propio sindicato, D) De acuerdo al tiempo de duración, E) De acuerdo al grado de compromiso de los accionistas F) Según el contenido de los convenios.

En A) Según la finalidad perseguida, los pactos de sindicación, se puede clasificar en: Convenios cuya finalidad es influir en la vida societaria; y en Convenios cuya finalidad es obtener ventajas financieras. Los primeros, o sea aquellos cuya finalidad es influir en la vida societaria se subdividen en: a) Sindicatos de mando, b) Sindicatos de bloqueo y c) Sindicatos de mando y de bloqueo o mixtos. En tanto, los que tienen por objetivo el obtener ventajas financieras, podemos encontrar: a) Sindicatos de emisión o de colocación, b) Sindicatos de resistencia, c) Sindicatos de rescate, d) Sindicatos de especulación y e) Sindicatos de garantía.

En B) También se pueden clasificar de acuerdo a la situación de las acciones sindicadas en: a) Sindicatos con retención o con depósito de títulos en manos de terceros y b) Sindicato sin depósito de títulos.

En C) En cuanto a la estructura interna del propio sindicato, pueden ser: a) Sindicatos cuyos acuerdos deben adoptarse por unanimidad, b) Sindicatos que permiten adoptar acuerdos por mayorías simples o calificadas, c) Sindicatos mixtos y d) Sindicatos que conceden facultades a un representante o gerente.

En D) De acuerdo al tiempo de duración: a) Sindicatos para un solo acuerdo social, b) sindicatos para un período determinado y c) sindicatos por tiempo indeterminado.

En E) De acuerdo a la naturaleza del compromiso de los accionistas sindicados: a) Sindicatos con compromiso de voto por el propio accionista, b) Sindicato con cesión total o parcial del derecho de voto y c) Sindicato con poder o delegación.

En F) Según el contenido: a) Sindicatos para toda clase de decisiones sociales, b) Sindicatos constituidos para in-

fluir en determinados temas y c) Sindicatos constituidos para decidir un solo asunto puntual.

Por tanto, la pregunta es: ¿cuáles de todas las formas o categorías podemos decir que es la que mejor se adhiere a nuestra realidad?. En la práctica no podemos establecer una posición única, ya que cada autor ha buscado la mejor forma de poder entender y establecer la categorización de estos Convenios de Accionistas, y es en este sentido que nosotros, por buscar un orden en la doctrina aplicado a la realidad social actual en virtud de las regulaciones y jurisprudencias en esta materia, nos animamos a plantear bajo dicho orden de ideas las siguientes formas o categorías de los Convenios de Accionistas y que pasamos a describir:

1.2.1. Por sus elementos subjetivos:

En función de los sujetos del Convenio, es decir, quienes suscriben dichos Convenios, por ejemplo: Una parte de los socios, todos los socios, parte de los socios y la sociedad, todos los socios y la sociedad, un grupo de socios y terceros. En este caso lo que interesa es perseguir primero la estructura y/o composición de sus integrantes y luego de manera secundaria se decide los objetivos que contendrán dichos Convenios.

1.2.2. Por sus elementos objetivos:

Son Convenios que buscan el marco necesario para regular las relaciones entre los socios y/o la realización del negocio, es decir, su finalidad se centra en definir taxativamente y de manera clara la operatividad del Convenio. En este caso, se encuentran los Pactos de acuerdo a su finalidad que serán: de Relación, Pactos de Atribución y los Pactos de Organización.

1.2.2.1. Pactos de Relación

Tal como señala PAZ – ARES, Cándido²¹, los pactos de relación se distinguen por su neutralidad frente a la sociedad; aquí se encuentran, entre otros, los denominados Pactos de Bloqueo. La correcta definición de estos Pactos de Bloqueo la podemos encontrar en la definición que propone PÉREZ MORIONES, Aránzazu²², quien los define como “*aquellos contratos por los que varios miembros de una agrupación voluntaria de personas, ya sean personas físicas o personas jurídicas, se obligan durante un período de tiempo determinado, bien a no transmitir sus acciones, bien a someter la transmisión de las mismas a determinadas limitaciones, y a la autorización del sindicato, y a un derecho de adquisición preferente reconocido a favor del resto de los sindicatos, y a la exigencia de que el eventual adquirente cumpla con determinados requisitos.*”

17 ABRAMOVICH ACKERMAN, Daniel “Una Aproximación Práctica a los Convenios de Accionistas en la Sociedad Anónima” Ver en: Derecho Societario. Editorial Ediciones Legales Junio 2011. Lima – Perú. p. 134.
 18 REYES VILLAMIZAR, Francisco “Derecho Societario en Estados Unidos”. Legis Editores 2006. Bogotá – Colombia, pp. 218 y 222.
 19 PAZ – ARES, Cándido “El Enforcement de los Pactos Parasociales”. Ver en: Derecho de Sociedades y Gobierno Corporativo, Editorial Grijley. Edición 2008. Lima – Perú. p. 15.
 20 SANTAMARIA, Francisco “A propósito de la noción de los Sindicatos de Accionistas”. Ver en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/645/22.pdf>
 21 PAZ – ARES, Cándido. Loc. Cit. ,p. 15
 22 PÉREZ MORIONES, Aránzazu “Los sindicatos de voto para la Junta General de Sociedad Anónima. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996, p. 50.

1.2.2.2. Los Pactos de Atribución

Siguiendo a PAZ – ARES, Cándido²³, los Pactos de Atribución son aquellos pactos “*que se conciertan con el fin de procurar atribuir ventajas a la propia sociedad; algunos de los cuales pueden abstenerse de competir con la sociedad o los meros pactos sociales u pactos ordinarios. Estos últimos se fundan en que no hay la necesidad de realizar consulta alguna y que son pactos que no solo pueden referirse a un asunto concreto y determinado, sino que pueden referirse a varios asuntos. La idea es que los asuntos contemplados en el Convenio se encuentren de manera expresa, y completa, sin la necesidad de un posterior acuerdo*” (consulta).

1.2.2.3. Los Pactos de Organización.-

Estos pactos van a agrupar a los pactos seguramente más relevantes y, al propio tiempo, los más conflictivos jurídicamente. Se denominan así porque expresan la voluntad de los socios de reglamentar la organización, el funcionamiento y, en definitiva, el sistema de toma de decisiones dentro de la sociedad²⁴. Objetivo primordial será obtener o mantener el ejercicio del control de la sociedad y la protección de las minorías. En este caso se encuentran los Pactos de Voto o los Pactos de Mando y los Pactos de Defensa. Para el caso de los Pactos de Voto o de Mando, tomaremos la definición del maestro ASCARELLI, Tulio “*(...) los accionistas se obligan recíprocamente a votar en un mismo sentido, o se obligan a entregar todas las acciones propias a un gerente de confianza común, con mandato irrevocable, para que se lleve a cabo la actuación que se acuerda por la mayoría de los accionistas sindicados*”²⁵; es decir, persigue imponer una determinada política de conducción de la sociedad. Y, en los Pactos de Mando, lo constituyen los accionistas minoritarios, que buscan justamente con ese acuerdo mejorar su posición o su cuota de participación en la sociedad, así como también podrían acceder en ese sentido al ejercicio de determinados derechos a los que individualmente hubieran estado ajenos.

1.2.3. Por el Tipo de Negocio:

Son Convenios que se adoptan en el ámbito de una empresa familiar, en el ámbito de emprendimientos empresariales como pueden ser en el caso de los Joint Ventures o proyectos conjuntos, en el ámbito de proyectos individuales y concretos y en donde la naturaleza de las funciones al interior de dichos Convenios pueden ser complejas en función a la naturaleza de aportación en la sociedad (un socio aporta capital, y el otro, una marca o un know-how).

1.2.4. Por su Forma:

En este caso varían los Convenios en función al instrumento utilizado, que son: verbal, documento privado o una escritura pública.

Como podemos ver, existen diferentes formas o mecanismos de Convenios por el cual los socios pueden realizar, lo ideal es seguir el mecanismo objetivo; es decir, la finalidad que se buscan con estos Convenios. En conclusión, los socios tienen la posibilidad, con esta gama de formas, de realizar un “*traje a su medida*” tal como señalan muchos autores.

2. BÚSQUEDA DE UNA DEFINICIÓN SOBRE EL CONVENIO DE ACCIONISTAS.

Como hemos advertido en un principio, nuestra posición no es recopilar una lista de definiciones al respecto, ya que hoy en día existen muchas definiciones para la figura del Convenio de Accionistas o Pactos de accionistas, o Pactos para-societarios o Sindicación de Acciones; sin embargo, compartimos dos definiciones que a nuestro entender reflejan el carácter esencial de estos Convenios, la del profesor ZALDIVAR, Enrique quien propone que “*la sindicación de acciones o sindicato de accionistas es un acuerdo, contrato, pacto o convenio parasocial, concertado por los accionistas de una sociedad, cuyo fin es influir en la vida y marcha de la misma*”²⁶, buscando de esta manera darle legitimidad a la concertación de fuerzas bajo la autonomía de la voluntad que caracteriza a todo contrato; y la de GALGANO, Francesco quien señala que “*la esencia del contrato parasocial reside en esto: los socios disponen, por contrato separado, de los derechos que se derivan para ellos de la escritura de constitución, comprometiéndose recíprocamente a ejercerlos de modo predeterminado*”²⁷, destacando el autor la separación del contrato parasocial de los estatutos sociales, pero vinculándose entre sí a través del voto recíproco que tienen los sindicados en dicho contrato o convenio.

Sin embargo, no obstante lo señalado por dichos autores y tomando en cuenta las múltiples características en común señalados por la doctrina, para nosotros los Convenios de Accionistas: son Convenios aplicados a todas las formas societarias de naturaleza mercantil y celebrados entre algunos o todos los socios sean estos accionistas o participacionistas y estos a su vez con terceros, en donde convienen sobre diversos asuntos relacionados con sus intereses en la sociedad y que estos no atenten contra la ley y los estatutos sociales de la sociedad. Se trata pues de pactos entre los socios, al margen del contrato de sociedad y distinto de éste, para modificarlo o complementarlo, buscando además uniformizar y unificar dichos intereses y votar de manera unitaria (sea de manera de conjunta o a través de un mandatario) sobre los aspectos regulados de manera concertada en dichos Convenios de Accionistas.

3. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS ASPECTOS FORMALES DEL CONVENIO DE ACCIONISTAS EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES.

Cuando hablamos de la regulación jurídica de los aspectos formales del Convenio de Accionistas en nuestra Ley

23 PAZ – ARES, Cándido. Loc. Cit., p. 15

24 Ibídem., pp. 15 – 16.

25 ASCARELLI, Tulio “Sociedades y asociaciones comerciales”. Buenos Aires, Argentina, 1947, p. 174

26 ZALDIVAR, Enrique, citado por Muguillo, Roberto. Conflictos Societarios. Editorial ASTREA, Buenos Aires – Argentina, 2009, pp. 94-95.

27 GALGANO, Francesco. Derecho Comercial. Editorial Temis. Bogotá – Colombia, 1999, p. 253.

General de Sociedades, no hacemos más que referirnos a los aspectos de forma de la regulación de dichos Convenios; es decir, la situación procedimental que debe de obedecer la aplicación y ejecución de dichos Convenios y su posterior oponibilidad a la sociedad. Para ello, así como existen reglas aplicables a todas las sociedades (Libro I de la Ley) debería de existir también, quizás, un capítulo de las reglas aplicables a todos los Convenios de Accionistas, o en su caso un Capítulo en donde se regule todo lo concerniente a los Convenios de Accionistas, pasando por las reglas aplicables y su posterior responsabilidad (esto acorde a la Teoría de la Agencia – doctrina del principal – agente visto desde el Análisis Económico del Derecho), sin incidir en su funcionamiento ya que el mismo estará regulado por el propio Convenio (es decir el contrato firmado en virtud a la autonomía de la voluntad de las partes). En este sentido es que pasaremos a describir los puntos más trascendentales que podrían incluirse como parte de los aspectos formales que configuran la regulación de los Convenios de Accionistas:

3.1. DE LOS CONVENIOS ENTRE SOCIOS O ENTRE ÉSTOS Y TERCEROS Y SU COMUNICACIÓN.

De la lectura del Artículo 8° de la Ley General de Sociedades que a la letra dice:

32

Artículo 8.- Convenios entre socios o entre éstos y terceros

Son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre éstos y terceros, a partir del momento en que le sean debidamente comunicados.

Si hubiera contradicción entre alguna estipulación de dichos convenios y el pacto social o el estatuto, prevalecerán estos últimos, sin perjuicio de la relación que pudiera establecer el convenio entre quienes lo celebraron.

Es claro que nuestra Ley General de Sociedades, en concordancia con lo señalado por ELÍAS LAROZA, Enrique, respecto a que “(...) todos los convenios de accionistas que puedan realizarse entre socios y todos aquellos los que se acuerden entre socios y terceros que se desprenden de la Ley General de Sociedades”²⁸, es que cualquier socio de una sociedad pueda celebrar Convenios con otros socios, y en su caso, éstos a su vez con terceros siempre y cuando los acuerdos tengan que ver con los Convenios en función a sus elementos objetivos o persiguiendo los demás mecanismos señalados en el punto anterior, o cualquier otro acto que se obliguen las partes para que el Convenio se cumpla (por tanto aquí se regularían todos aquellos Convenios señalados líneas arriba). A estos habría que indicar los otros Convenios que señala la doctrina²⁹ tales como:

- **Acuerdos sobre derecho de representación en el órgano de gobierno:**

Derecho a nombrar uno o varios representantes en el Consejo de Administración (Directorio)

Facultades del Consejo de Administración (Directorio).

Retribución de los consejeros (Directores).

Funcionamiento del Consejo de Administración (Directorio con periodicidad de reuniones, mayorías cualificadas para determinados asuntos, delegación de facultades, etc.).

Imposibilidad de revocación de los consejeros (directores) nombrados por el socio minoritario sin su voto favorable, así como derecho a sustitución del mismo.

- **Acuerdos sobre derecho de información:**

Tipo de información

Balance.

Cuentas de Pérdidas y Ganancias.

Estados de Tesorería.

Cuadros de mando.

Ratios.

Rentabilidad de proyectos.

Periodicidad de información.

- **Acuerdos sobre derechos económicos:**

Derecho al dividendo.

Importe mínimo o forma de cálculo.

Periodicidad.

Fecha de reparto.

Condicionado o no a la existencia de Beneficios/ Reservas.

Pacto de salida o venta de su participación societaria:

Periodo mínimo de permanencia o prohibición de venta (lock up period).

Forma de salida (compraventa entre socios, autocartera,..)

Pactos de acompañamiento (tag along) o de arrastre (drag along)

Precio de venta o forma de cálculo.

Forma de pago del precio.

- **Acuerdos sobre derechos políticos:**

Mayorías reforzadas:

Determinación de asuntos que requieran de mayoría reforzada:

Modificación de estatutos.

Elección de administradores.

Contratación de alta dirección.

Apertura de nuevas líneas de negocio.

Endeudamiento.

Asuntos relacionados con la Propiedad industrial.

Porcentaje de mayoría precisa para adoptar acuerdos sobre cada uno de ellos.

- **Otros acuerdos a incluir:**

Derecho al nombramiento de auditores:

Rotativo entre socios.

28 ELÍAS LAROZA, Enrique “Derecho Societario Peruano”. Editora Normas Legales. Edición 2001. Trujillo – Perú, p. 31.

29 Ver en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/societario/los-pactos-parasociales-instrumento-de-proteccion-del-socio-minoritario>

Por años.

Régimen de transmisión de acciones inter-vivos o mortis causa.

Régimen de autocartera.

Contratos entre partes vinculadas.

Participación en negocios análogos o complementarios.

Indemnización por incumplimiento del pacto parasocial.

Vigencia del pacto parasocial.

Cláusula para resolución de conflictos (arbitraje, jurisdicción, etc...)

Asimismo, habría que tomar con cuidado lo dictado por el Artículo 115° de la Ley de Mercado de Valores – Decreto Legislativo N° 861, que trata sobre el Principio de irreivindicabilidad; en donde ROSELLO DE LA PUENTE, Rafael y OCAMPO VÁSQUEZ, Fernando³⁰ señalan que en virtud a dicho principio cualesquiera de las limitaciones a la transferencia de acciones son inoponibles a la sociedad cuando se traten de valores que se transan en cualquier mecanismo centralizado de negociación previsto por la ley. Adicionalmente, habría que tomar en cuenta también para el caso del artículo 254° de nuestra Ley General de Sociedades que regula que no son válidas las estipulaciones del pacto social o del estatuto de las sociedades anónimas abiertas que versen sobre las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones; cualquier forma de restricción a la negociación de las acciones; o un derecho de preferencia a los accionistas o a la sociedad para adquirir acciones en caso de transferencia de éstas, en este caso la sociedad anónima abierta no reconoce los pactos de los accionistas que contengan las limitaciones, restricciones o preferencias antes referidas aun cuando se notifiquen e inscriban en la sociedad.

Finalmente, entre los diferentes tipos de convenios que puedan existir dentro de nuestra legislación societaria, encontramos todos aquellos señalados por SALAS SÁNCHEZ, Julio, cuando trata acerca de las normas legales imperativas, en donde no cabe que la voluntad de las partes puedan pactar en contrario³¹.

Con relación a la comunicación, señala la norma, pueden ser oponibles a la sociedad, siempre y cuando la misma haya tomado conocimiento de manera cierta de la existencia de dicho Convenio (la ley no exige que los convenios sean comunicados, por tanto, podemos considerar que caben en la legislación nacional, los “Convenios Reservados” o como señala la Ley de Sociedades de Capital Español –Real Decreto 1/2010 de 2 de julio de 2010 en

donde regulan los “Pactos Reservados”³²). Por tal motivo, si los accionistas toman decisiones que contravengan lo señalado por el Convenio, será la sociedad la responsable por tales actos que perjudicarían a esta Institución Corporativa que nace del Convenio, todo esto en virtud a la debida comunicación realizada. Asimismo, estos Convenios que los pueden integrar los socios y/o socios con terceros (efectuado la comunicación éste último puede exigir el cumplimiento de una obligación tal como señala ELÍAS LAROZA, Enrique; sea la de dar o la de hacer derivada de un Convenio) tendrán la obligación de regular su estructura y funcionamiento, así como la ejecución de sus acuerdos.

Sin embargo, en esta materia de la comunicación, existen algunas situaciones sujetas a debate: i) ¿Qué sucedería si ese Convenio contiene una cláusula de confidencialidad?, ii) En caso de que los socios y/o socios con terceros comuniquen la celebración de dicho Convenio, ¿Por qué la sociedad tendría que hacerse responsable por la aplicación de dicho Convenio? ¿Es saludable anteponer el interés individual (de los firmantes del Convenio) frente al interés social propia de la sociedad?, y iii) ¿Quién será el responsable por parte de la sociedad de llevar adelante la debida ejecución y diligenciamiento de dicho Convenio?, ¿Se ganó ese órgano de administración una responsabilidad adicional emanada de la comunicación de dicho Convenio? y ¿cómo será su responsabilidad?

Como vemos, todos estos puntos son materia de debate y traen a colación una serie de diferentes respuestas y sobre todo diversas interpretaciones que no favorecen en muchas ocasiones a que dicho Convenio sea correctamente aplicado y, si fuese necesario, oponible a la sociedad. Si bien es cierto el legislador ha decidido considerar como vanguardista a esta figura, también es cierto que luego de catorce (14) años se hace imperiosa la necesidad de regular la operatividad de dichos Convenios (no hablamos de la parte contractual en sí) y que cuenten con todos los alcances que pueden tener unas reglas aplicables a dichos Convenios, es decir, un capítulo expreso para el mismo.

3.2. DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS.

Si bien es cierto, el Artículo 75° de la Ley General de Sociedades regula justamente las *prestaciones accesorias*, en dicho artículo no se señala expresamente que la misma pueda nacer de la formación de un Convenio de Accio-

30 ROSELLO DE LA PUENTE, Rafael y OCAMPO VÁSQUEZ, Fernando “La Sindicación de Acciones”. Ver en: Tratado de Derecho Mercantil, Editorial Gaceta Jurídica S.A., Edición Agosto 2003, Lima – Perú, p. 151.

31 SALAS SÁNCHEZ, Julio “Los Convenios de Accionistas en la Ley General de Sociedades y la Autonomía de la Voluntad”, ver en derecho Societario. Editorial Ediciones Legales. Junio 2011. Lima – Perú, pp. 715 – 718.

32 Por Real Decreto Legislativo N° 1/2010 de fecha 2 de julio de 2010 mediante el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital Español, en donde regulan i).- La existencia de los pactos reservados entre los socios, los mismos que no serán oponibles a la sociedad; y ii).- Un Capítulo que trata todo sobre los pactos parasociales sujetos a publicidad. Cabe señalar que este nuevo Texto Refundido tiene carácter de provisionalidad, y que el mismo en virtud a la tan ambiciosa reforma mercantil español es que se espera en un futuro muy cercano pueda finalmente dar a la luz el Código de Sociedades Mercantiles o un nuevo Código Mercantil Español y en donde con toda seguridad se incluirán el Capítulo que trate todo sobre la regulación de los Pactos Parasociales (incluyen su formación, clases, operatividad, publicidad, responsabilidad, entre otros) y el muy esperado Capítulo sobre la regulación de los Grupos de Sociedades (esto en función a la existencia del nuevo Derecho de Grupos en España).

nistas; sin embargo, deja abierta su posibilidad a raíz de lo resaltado que a continuación se detalla:

Artículo 75°.- Prestaciones Accesorias

El pacto social puede contener prestaciones accesorias con carácter obligatorio para todos o algunos accionistas, distintas de sus aportes, determinándose su contenido, duración, modalidad, retribución y sanción por incumplimiento y pueden ser a favor de la sociedad, de otros accionistas o de terceros. Estas prestaciones no pueden integrar el capital.

Por acuerdo de la junta general pueden crearse también dichas prestaciones accesorias, con el consentimiento del accionista o de los accionistas que deben prestarlas (...)

Por tanto, el no verse regulado expresamente bajo la figura de un Convenio de Accionistas, esto no impide que deje abierta la posibilidad de que, en virtud de la voluntad de los accionistas, se quiera regular las mismas a través de la formación y posterior ejecución de un Convenio de Accionistas³³; esto en virtud a que si la ley no la prohíbe, por tanto es plausible de dicha regulación y/o aplicación. En todo caso, si se opta por regular estas prestaciones accesorias bajo la forma de un Convenio de Accionistas, ésta tendría que seguir lo señalado por el Artículo 8° de la Ley General de Sociedades, pero considerando los ítems que señala el Artículo 75°, incluyendo las modificatorias que señala dicho artículo y, por consiguiente, se opondría frente a la sociedad de manera directa.

34

3.3 De las obligaciones adicionales al pago de la acción.

Al igual que en los Artículos 8° y 75° de la Ley General de Sociedades, es factible que estas obligaciones adicionales al pago de la acción sean vistas a través de un Convenio de Accionistas, tal como se regula a continuación:

Artículo 86 -. Obligaciones adicionales al pago de la acción

En el pacto social o en el acuerdo de aumento de capital puede establecerse que los suscriptores de una parte o de todas las acciones asuman determinadas obligaciones a favor de otros accionistas, de la sociedad o de terceros, adicionales a la de pagar su valor, sea nominal o de colocación. Estas obligaciones adicionales podrán ser dinerarias o no y deberán recaer sobre todas las acciones de la sociedad o sobre todas las acciones de una determinada clase.

Las obligaciones adicionales deben constar en los certificados, anotaciones en cuenta o cualquier otra forma de representación de tales acciones.

Como se aprecia, dichas obligaciones adicionales van a diferenciarse de las obligaciones *per se* (prestaciones accesorias) en el sentido que las primeras necesariamente tienen que constar en certificados, anotaciones en cuenta o cualquier otra forma de representación de tales acciones; es decir, esta carga conllevará a la obligación que tendrá un grupo de accionistas o en su caso todos los accionistas (a través de un Convenio, sea el caso) para con otros accionistas, o sociedad

o terceros de cumplir con dichas obligaciones, ratificando por tanto la validez y exigibilidad por parte de cualesquiera de éstos, en caso no se vean beneficiados o que se haya incumplido con lo señalado en dichos Convenios.

3.4. De la matrícula de acciones.

Éste es uno de los puntos más trascendentales con relación a la formalización de la oponibilidad del Convenio de Accionistas, y es que tal como señala el Artículo 92° y 93° de la Ley General de Sociedades, que a la letra dice:

Artículo 92.- Matrícula de acciones

(...). En la matrícula se anotan también las transferencias, los canjes y desdoblamientos de acciones, la constitución de derechos y gravámenes sobre las mismas, las limitaciones a la transferencia de las acciones y los convenios entre accionistas o de accionistas con terceros que versen sobre las acciones o que tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas. (...)

Artículo 93.- Comunicación a la sociedad

Los actos a que se refiere el segundo párrafo del artículo anterior, deben comunicarse por escrito a la sociedad para su anotación en la matrícula de acciones. (...)

Como se aprecia del Artículo 93°, se señala la obligación de comunicar dichos Convenios de Accionistas pero que solo versen sobre aquellos actos y que es materia del presente trabajo: *las limitaciones a la transferencia de las acciones y los convenios entre accionistas o de accionistas con terceros que versen sobre las acciones o que tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas*; Con ello debemos de inferir 2 temas: i) La discusión y ambigüedad que trata sobre la facultad de los accionistas de comunicar la suscripción de Pactos en virtud al Artículo 8° de la Ley General de Sociedades (es decir, el principio facultativo en función a la voluntad de los accionistas), y ii) Que hay otros Convenios que justamente no se encuentran enmarcados dentro del Artículo 92° de la norma y que, por lo tanto, no deben de ser comunicados a la sociedad para ser registrados o inscritos.

Asimismo, la discusión de lo que se debe y no comunicar genera las siguientes interrogantes: i) ¿Consiste en una carta o notificación en la que se informa la mera existencia del convenio?, ii) ¿Es necesario mediante dicha comunicación solo señalar el objeto y los términos más importantes del Convenio?, iii) ¿También se debe de remitir una copia íntegra del mismo a la sociedad?

En conclusión, para una mejor protección de todos los derechos, si un Convenio tiene actos que involucren tanto a las acciones como a la gestión misma como es por ejemplo la Cláusula de No Competencia, se tendría primero el deber de comunicar a la sociedad lo entendido con las acciones y registrarlo en el Libro de Matrícula de

33 Constitución Política del Perú del año 1993 y que en su Artículo 2° señala lo siguiente:

Artículo 2°.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

- a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Acciones, dejando por tanto la segunda parte (Cláusula de No Competencia) a lo regulado por el propio Convenio en aplicación a las diversas cláusulas de Resolución de Conflicto o Penalidades sea el caso.

3.5. De las limitaciones y prohibiciones aplicables a las acciones

Tal como ya se ha señalado en el presente documento, estos Convenios de Accionistas pueden realizarse tanto al momento de la Constitución de la sociedad, como durante el ejercicio económico de la misma; sin embargo, así como es posible pactar ciertas limitaciones y prohibiciones aplicables a las acciones, es factible también señalar que hay situaciones en las que no se pueden pactar estas figuras (tal como se indicó en el punto 3.1. del presente documento), entre los cuales se encuentra:

Artículo 254° de la LGS.- Estipulaciones no válidas

No son válidas las estipulaciones del pacto social o del estatuto de la sociedad anónima abierta que contengan:

1. *Limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones;*
2. *Cualquier forma de restricción a la negociación de las acciones; o,*
3. *Un derecho de preferencia a los accionistas o a la sociedad para adquirir acciones en caso de transferencia de estas.*

La sociedad anónima abierta no reconoce los pactos de los accionistas que contengan las limitaciones, restricciones o preferencias antes referidas aun cuando se notifiquen e inscriban en la sociedad.

Por ello, en esta ocasión y tal como regula el Artículo 101° de la Ley General de Sociedades, en qué momentos se pueden pactar estas limitaciones y prohibiciones, así como su anotación y otros:

Artículo 101° de la LGS.- Limitaciones y prohibiciones aplicables a las acciones.

(...) Las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad. Las limitaciones se anotarán en la matrícula de acciones y en el respectivo certificado.

Con este artículo, el legislador ha dejado claro el principio de la “Autonomía privada y consensuada de las partes”, para poder libremente y bajo las reglas del pacto social, estatutos y la Ley General de Sociedades, en consagrar este criterio contractual – societario.

Con relación a las limitaciones, traemos a colación lo que señala ELIAS LAROZA, Enrique:

“las limitaciones se traducen en dos tipos de disposiciones estatutarias o convencionales: las cláusulas de consentimiento y las cláusulas de preferencia. En las Cláusulas de Consentimiento, la validez del acto traslativo de la acción depende de la aprobación del

mismo por un órgano social designado para este efecto. Se trata de las estipulaciones que exigen la intervención aprobatoria y previa del directorio o la junta general, por ejemplo, para que proceda la transferencia de la acción; la aplicación abusiva de esta cláusula puede originar, en la práctica una prohibición encubierta a la transmisión de la acción, sin otro límite que la voluntad del órgano de aprobación (...). Mientras que en las Cláusulas de Preferencia, el accionista que quiere transferir sus acciones debe comunicar esa decisión al órgano social designado, con la finalidad de que señale al adquirente definitivo de las acciones o ponga la intención del accionista transferente en conocimiento de los demás accionistas, para que ellos decidan su intervención en la transferencia, substituyéndose al interesado original en la compra (...)³⁴”

Como se puede observar, la disposición estatutaria u convencional de mayor aceptación por la doctrina es la segunda, con lo cual deja a que sean los propios socios los destinados a protegerse o porque no beneficiarse de esta limitación, y así evitar el ingreso de algún tercero que tenga interés en la sociedad.

3.6. De los convenios inscribibles

En este punto hay que traer a la luz lo señalado por el Artículo 92° de la Ley General de Sociedades, el mismo que ya fue estudiado en el punto 3.4 del presente trabajo y el Artículo 3° del Reglamento de Registro de Sociedades:

Artículo 3° del Reglamento de Registro de Sociedades.- Actos inscribibles.

De conformidad con las normas de este Reglamento y con la naturaleza jurídica que corresponda

a cada forma de sociedad y a las sucursales, son actos inscribibles en el Registro:

(...)

- i) Los convenios societarios entre socios que los obliguen entre sí y para con la sociedad, siempre que no versen sobre las acciones y no tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas;*

En este punto y siendo demasiados prácticos podemos resumir en lo siguiente:

- Inscribir en el Libro de Matrícula de Acciones, todo convenio que tenga que ver con la sindicación de acciones o el ejercicio de los derechos inherentes a ella. Se debe de extender los asientos respectivos.
- Inscribir todo Convenio que tengan que ver con relaciones exclusivamente entre socios y no sobre acciones. Ejemplo: efectuar Cláusulas de No Competencia, entre otros, inscritos en la Partida correspondiente del Registro de Personas Jurídicas.

3.7. De los sujetos responsables de la aplicación del Convenio de Accionistas.

En este punto, lo que debe de primar son las reglas de conducta de los partícipes en la aplicación de los Convenios de Accionistas: la deliberación por parte de la Junta General de los Accionistas, la diligencia del cumplimiento de las formalidades por parte del Directorio y la ejecución por parte de la gerencia general.

Pues bien, ¿Cómo interviene la Junta General de Accionistas?. La Junta deberá de respetar todos los términos en el cual se decidió formalizar estos Convenios. En caso de que uno de los integrantes decidiera votar a favor o en contra de lo convenido por el Convenio, aquí se configuraría lo señalado por SALAS SANCHEZ, Julio:

“b.1 Si, frente al voto discordante con el Convenio, dispone que el voto computado conforme al Convenio, el accionista votante podrá señalar que ha sido privado ilegítimamente de su voto e impugnar el acuerdo de la Junta, sin perjuicio de iniciar contra el Presidente la pretensión individual de responsabilidad a que se refiere el artículo 182³⁵ de la Ley General de Sociedades. No sería posible, sin embargo, iniciar la pretensión individual señalada cuando quien presidió la Junta fue elegido, entre los concurrentes a ella, en la medida que esa responsabilidad es exigible a quien es director de la sociedad, a menos, claro está, que tenga esa condición. b.2 Si, en cambio, admite como válido el voto en contra del Convenio, habrá incumplido el ordenamiento interno de la sociedad y podrá ser imputado de responsabilidad frente a la sociedad con la siguiente pretensión social de responsabilidad, en el supuesto que se haya causado daño a la sociedad”³⁶.

Como se puede apreciar, el órgano de propiedad lo que busca es salvaguardar el cumplimiento de los Convenios de Accionistas celebrados, pero esto se agrava más si el Presidente de la Junta es a su vez director de la sociedad, con lo cual se debería actuar de manera diligente para evitar en el futuro responsabilidades que puedan acontecer en el momento que se aplique operativamente dicho Convenio.

Pero, hay otra posición que señala que debe de diferenciarse la condición de director y accionista a la vez, por lo que las responsabilidades en este caso serían diferentes en virtud a la condición en que se aplicó de manera operativa el Convenio. Sin embargo, somos de la idea que las responsabilidades serían más delicadas en caso tengan la condición de accionista y director a la vez.

Para el caso del Directorio, desde el momento en que es comunicado el Convenio a la sociedad, éste deberá de analizar y verificar que el mismo cumpla con todos los requisitos que señala tanto la Ley, los estatutos o el pro-

pio Convenio; y que los puntos del Convenio no vayan, justamente, contra lo establecido por el Artículo 8° de la Ley General de Sociedades. El Directorio deberá, de manera diligente, evaluar lo estipulado y convenido en dicho pacto, para así hacerlo cumplir sin ninguna observación. Luego de la evaluación podrá decidir por su incorporación inmediata en el Libro de Matrícula de Acciones en virtud a todos los supuestos señalados por SALAS SANCHEZ, Julio³⁷.

Finalmente, será la Gerencia General la encargada, luego de pasar por la evaluación del Directorio, de aplicar de manera taxativa todo lo convenido en dicho Convenio y, a nuestro entender, serán los primeros responsables tal como señala el artículo 190° en su numeral 9 de la Ley General de Sociedades, por el cumplimiento a todas las disposiciones legales y estatutarias de la sociedad (en este caso los Convenios se convierten en disposiciones legales cuando son debidamente comunicados).

En conclusión, la actuación de todos los órganos de administración de la sociedad es de manera activa en el respeto por todo aquello acordado en dicho Convenio. En caso de la no comunicación, la responsabilidad será solo y exclusivamente de los suscriptores de dicho Convenio y ya no oponible a la sociedad con lo cual la responsabilidad de todos los agentes será eximible.

4. LAS SOCIEDADES HOLDING (MODELO DE GRUPO DE SOCIEDADES) Y LOS CONVENIOS DE ACCIONISTAS.

En este punto queremos tratar al Convenio de Accionistas o Sindicato de Accionistas como un mecanismo de defensa, ante el ataque hostil por parte de inversionistas u otros accionistas sobre la empresa objetivo en donde se ha constituido dicho Convenio o Sindicato de carácter reservado.

Por tanto, en este caso, si los accionistas de control de la sociedad objetivo deciden firmar un Pacto de Accionistas de venta conjunta a un tercero (a sabiendas que no se ha pactado en la sociedad el derecho de preferencia) y a la par deciden formar una sociedad holding (la misma no cotiza en bolsa) y mediante este Pacto deciden transferir las acciones a dicha sociedad holding; por lo que ésta última se convertiría en accionista de la sociedad objetivo (claro está que dicha defensa pactada en el pacto se activaría siempre y cuando exista un ataque a la sociedad para obtener el control). De esta forma sería más difícil para el comprador hostil negociar de manera individual con alguno de los accionistas de control, puesto que este comprador no obtendría la mayoría de la sociedad holding y no podría obligar a éste a vender su participación en la sociedad objetivo.

Por ello, pensemos que la sociedad objetivo cuenta con cuatro accionistas de control (llámese control conjunto,

35 Esto en virtud a que el Presidente de la Junta sea a su vez un director de la sociedad o el Gerente General.

36 SALAS SANCHEZ, Julio. Op. Cit. pp. 752 – 753.

37 *Ibidem.*, pp. 748-749.

en virtud, al pacto de accionistas celebrada en las condiciones señaladas en el párrafo anterior y que cada uno cuenta con el 10% de acciones suscritas con derecho a voto en dicha sociedad objetivo) estos agrupan sus acciones y, en aplicación al pacto ante el comprador hostil, se lo transfieren a la sociedad holding previamente establecida y en donde estos cuatro accionistas tienen el 25% cada uno en el capital social de dicha Holding; por lo que ésta última se convertiría en nuevo accionista de la sociedad objetivo contando con el 40% de acciones suscritas con derecho a voto. Sin embargo, si antes de la operación uno de los accionistas rompe el pacto (o en su caso no estuviéramos ante pacto alguno señalada en el párrafo anterior) y transfiere su 10% al comprador hostil, después de ello lo único que le quedaría a dicho comprador será persuadir y convencer a los otros tres dueños integrantes de la holding para que ésta venda sus acciones de la sociedad objetivo convirtiéndose en un mecanismo de defensa, y posición bastante complicada para dicho comprador.

Por tanto, la relación de las Holding con los Convenios de Accionistas, es sumamente interesante cuando se trata de proteger un grupo de sociedades o más aún ostentar el control en una sociedad.

5. OPERATIVIDAD DE UN CONVENIO / EJEMPLO DE INTERVENCIÓN EN UNA SOCIEDAD

El presente punto trata sobre los acontecimientos jurídicos que intervienen en la realización de un Pacto de Accionistas y su futura intervención (ingreso) en la sociedad, se propone de manera general esta relación para un mejor entendimiento de las figuras jurídicas – societarias que pueden darse en estos Convenios de Accionistas:

1. Acuerdo de Intenciones/Acuerdo de Confidencialidad
2. Memorándum de entendimiento (MOU)
3. Due Diligence
4. Pactos de accionistas u Pacto Parasocietarios (caso ingreso de accionistas a la sociedad)
 - 4.1. Cláusula de Sindicato de Bloqueo.
 - 4.2. Cláusula de Arrastre (Tag Along)
 - 4.3. Cláusula sobre el plazo de duración.

- 4.4. Cláusula sobre obligaciones de accionistas sindicados.
- 4.5. Cláusula de arbitraje.
- 4.6. Todos aquellos que sean posible en negociar e incorporar y que se encuentran estipulados en el punto 3.1 del presente trabajo.
5. Reorganización Societaria/ Elevación escritura pública de los nuevos Estatutos Sociales.
 - 5.1. Aumento de Capital.
 - 5.2. Modificación de los Estatutos Sociales.
 - 5.3. Nombramiento de nueva plana directa.
 - 5.4. Apoderados, etc.
6. Comunicación a la sociedad del pacto.
7. Realización de asientos correspondientes (contables/matrícula de acciones)
8. Emisión de certificados definitivos de acciones.
9. Inscripción en el Libro de Matrícula de acciones del Pacto y en el Registro de Personas Jurídicas de la nueva sociedad

6. CONCLUSIÓN

Es claro reafirmar nuestro compromiso de respetar lo regulado en todos sus términos por la Ley General de Sociedades; sin embargo, es importante dar también dispositivos legales dentro del marco de la Ley General de Sociedades que colaboren con dar un “camino ordenado” para los accionistas o inversionistas (sean estos nacionales o extranjeros) con el fin de impulsar proyectos empresariales o consolidar una sociedad dentro del respeto a las normas del artículo 8º de la Ley. En este sentido y comprendiendo que nos encontramos ante un fenómeno de carácter económico y cuya existencia es una necesidad real que corresponde a exigencias precisas, será necesario incorporar en nuestra Ley General de Sociedades un Capítulo que trate sobre los Convenios de Accionistas, priorizando su naturaleza, registros, indicación de manera general su operatividad, ejecución, y establecer sus ejecutores de manera expresa y sus consiguientes responsabilidades, entre otros.

Por tanto, alentamos que toda modificación se centre en la atracción de capitales bajo el respeto de los principios de la buena fe y la legalidad.