

Apuntes sobre la oponibilidad de los convenios societarios en la regulación peruana

Notes on the opposability of shareholders' agreements under Peruvian law

Enrique Zevallos Córdova¹

Resumen. En el presente artículo se analizan las problemáticas que surgen a partir de la regulación actual de los convenios societarios en la Ley General de Sociedades vigente. Entre estas, por ejemplo, se tiene la poca claridad de los alcances de dicha oponibilidad y los límites que debe interpretarse que tiene la oponibilidad en ciertos casos. A fin de efectuar dicho análisis, se hace primero un recuento de las principales características de los convenios societarios y de la oponibilidad de estos a las sociedades no cotizadas en la regulación peruana. También se aborda la regulación comparada de la oponibilidad de estos acuerdos en otros ordenamientos importantes como el español, el estadounidense y el brasileño.

Abstract. *In this paper the author analyzes the problems of the regulation of shareholders' agreements in the current General Companies Law. Among these, for example, the lack of clarity of the scope of their opposability and the limits that must be construed the opposability has in certain cases. In order to carry out this analysis, first, it is made a recount of the main characteristics of the shareholders' agreements and their opposability to non-public companies under the Peruvian law, and it is also addressed a comparative law analysis of the opposability of these agreements in other relevant legal systems such as Spanish, American and Brazilian.*

Palabras clave. convenios societarios, oponibilidad, sociedades anónimas, regulación comparada, terceros adquirentes.

Keywords. *shareholders' agreements, opposability, corporations, comparative law, transferees.*

Sumario: 1. Introducción. 2. El rol de los convenios societarios en las sociedades. 3. Sobre la oponibilidad jurídica. 4. Breves apuntes sobre la regulación de la oponibilidad de los convenios societarios en el derecho comparado. 4.1. El ordenamiento español. 4.2. El ordenamiento brasileño. 4.3. El ordenamiento estadounidense. 5. La regulación peruana de los convenios societarios y su oponibilidad a la sociedad. 6. Problemáticas e interpretación de la oponibilidad en la LGS vigente. 7. Consideraciones finales.

1. Introducción

Los convenios societarios, comúnmente denominados “convenios de accionistas”, son contratos cada vez más usados en la práctica corporativa peruana. Es tal la frecuencia con la que aparecen estos convenios en

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados. Profesor adjunto de la Pontificia Universidad Católica del Perú en cursos de Derechos Reales y Seminario de Integración en Estrategia Procesal y Litigación Oral.

la práctica profesional, que se ha llegado a señalar que se acuerdan en virtualmente todas las sociedades que tienen como accionistas a no vinculados².

A través de estos acuerdos se regulan distintos aspectos relacionados a una sociedad, desde reglas internas de organización hasta el ejercicio de derechos de los accionistas derivados de su titularidad sobre acciones o participaciones. En parte es dicha versatilidad del objeto de los convenios que hace que su uso sea generalizado.

Los convenios societarios, también llamados convenios o pactos de accionistas parasociales o parasocietarios, se pueden definir como acuerdos tomados entre los socios, o entre estos y terceros, a través de los cuales se regula la organización social, o el ejercicio de derechos, deberes o facultades con las que cuentan los miembros de la sociedad en virtud de su titularidad de acciones en la sociedad³. En este trabajo, al igual que en reciente doctrina nacional⁴, denominaremos a este tipo de acuerdos como “convenios societarios”⁵.

Estos convenios pueden ser acordados en cualquier tipo de sociedad⁶; sin embargo, en esta oportunidad me enfocaré en sociedades anónimas no cotizadas⁷. Este es el tipo social más usado en nuestro país, y en estas sociedades la concentración del capital suele ser más elevada, por lo que la utilización de convenios societarios es usual.

Uno de los aspectos más relevantes de los convenios societarios es la relación que estos crean entre las partes que los celebran y la sociedad objeto de su regulación. La manera en la que una sociedad y/o uno de sus órganos sociales pueden quedar obligados frente a sus accionistas o terceros, por un acuerdo pactado por estos. Dicha oponibilidad de los convenios societarios a la sociedad es y sigue siendo un aspecto discutido tanto en doctrina nacional como comparada.

En el Perú, esta discusión es especialmente interesante teniendo en cuenta que el artículo 8 de la Ley General de Sociedades vigente, aprobada por la Ley 26887 (la “LGS”), establece que estos pactos son oponibles a la sociedad bajo determinados presupuestos. Esta postura normativa se alejó de

2 Luis Enrique Palacios y Andrés Pesaque, «IBA Guide on Shareholders Agreements - Perú», acceso el 25 de agosto de 2021, https://www.ibanet.org/LPD/Corporate_Law_Section/Clsly_Held_Growing_Busi_Entprs/shareholderagreements.aspx. Quizás esta afirmación resulte un poco exagerada, pero lo cierto es que, a partir de la práctica profesional, es muy común que se mantengan este tipo de acuerdos en sociedades con patrimonios significativos que tengan dos o más accionistas no vinculados.

3 Esta definición intenta resumir las características más relevantes de los convenios societarios comentadas por la doctrina, por lo que se pueden encontrar semejanzas con conceptos ensayados por diversos autores.

4 Joe Navarrete, «Los convenios societarios y las operaciones de adquisición de empresas», en *Fusiones y Adquisiciones* coordinado por Carlos Soto (Lima: Instituto Pacífico, 2018), 321-353.

5 A pesar de que este tipo de convenios son usualmente denominados en la práctica profesional como convenios de accionistas, la terminología utilizada en doctrina se suele alejar de dicha denominación ya que estos convenios pueden ser potencialmente utilizados en sociedades distintas a las anónimas. Así, la terminología utilizada en doctrina nacional y comparada es muy diversa, y se han empleado distintos fundamentos para ello. Por ejemplo, Paolo Franco en un trabajo reciente optó por “convenios parasocietarios” debido a que la palabra “convenio” es utilizada en la ley peruana, y “parasocietarios” porque, como resalta principalmente la doctrina española, estos pactos son paralelos a la regulación societaria. Paolo Franco, «Ejercicio del Derecho de Desistimiento regulado en el Artículo 1365 del Código Civil en los Convenios Parasocietarios» (Tesis para optar a Título Profesional de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 2016).

6 En este trabajo se opta por “convenios societarios” porque, a causa de la regla de oponibilidad que puede aplicar a los convenios en Perú, parece que el carácter paralelo de los convenios al contrato social no es tan tajante como en otros ordenamientos (por ejemplo, el español).

7 La misma regulación nacional parece fundamentar esto, ya que regula los convenios societarios en el artículo 8 de la LGS, el cual se encuentra en una sección aplicable a todos los tipos sociales.

8 Esto incluye tanto las sociedades anónimas cerradas, como las sociedades anónimas que no cuentan con acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores.

regulación comparada que anteriormente nuestro ordenamiento había tomado de referencia, en particular, la normativa española. Diversos países de la tradición jurídica continental establecen, como regla general, que los convenios no son oponibles a la sociedad, por lo que en su momento se vio este viro normativo como una adhesión a la visión anglosajona de los convenios de accionistas⁸.

Si bien, desde la promulgación de la LGS actual, la oponibilidad se ha visto como un paso en la dirección adecuada, la doctrina también ha manifestado ciertos reparos y aspectos que podrían ser problemáticos en su aplicación. En este trabajo abordo de forma general estos problemas que se han resaltado respecto a la oponibilidad de los convenios societarios en nuestro país. Bajo esa línea, doy mi posición respecto a la forma en la que creo se debe interpretar la oponibilidad de estos acuerdos.

A efectos de realizar dicho análisis, en este trabajo repaso primero el rol de los convenios societarios en las sociedades actualmente (sección 2). Luego efectúo algunos apuntes sobre la oponibilidad jurídica en general para entender la forma en la que funciona dicha figura jurídica en el derecho contractual (sección 3). Posteriormente, hago un breve resumen de la oponibilidad jurídica en otros ordenamientos (sección 4), para luego entrar a la descripción de nuestro ordenamiento (sección 5).

Finalmente, en la sección 6 de este trabajo abordo el análisis de distintas problemáticas de la regulación de la oponibilidad de los convenios societa-

rios en la LGS como la poca claridad del alcance de la oponibilidad a la sociedad y sus órganos internos, los límites o requisitos que deberían imponerse a la oponibilidad de ciertos tipos de convenios (e.g., convenios de organización), y los límites de la oponibilidad de los convenios societarios a terceros adquirentes de acciones.

2. El rol de los convenios societarios en las sociedades

Antes que nada, es importante entender qué son los convenios societarios y su rol en las sociedades, teniendo en cuenta la existencia de otros cuerpos de reglas vinculados con una sociedad: el pacto social y el estatuto. Si bien estos son los cuerpos de reglas básicos de toda sociedad, no son los únicos que los accionistas pueden acordar para regular sus relaciones en el marco social. A través de convenios extraestatutarios entre accionistas, o entre estos y terceros, también se podrá regular el funcionamiento interno de la sociedad, así como el ejercicio de derechos y deberes derivados de la titularidad de acciones de la sociedad⁹.

Los convenios societarios aparecen como una respuesta ante el problema del nivel razonable de adaptabilidad y protección que debe brindar la regulación de la sociedad ante actitudes oportunistas de los mayoritarios o minoritarios¹⁰. Así, estos convenios constituyen una alternativa eficiente para solucionar algunos de los problemas que tienen los accionistas en estas sociedades y para

8 En palabras de Enrique Elías: “la nueva LGS opta categóricamente por la corriente anglosajona. La sociedad está obligada a respetar la validez de los convenios entre socios y entre estos y terceros, en todo aquello que le concierne (...)”. En: Enrique Elías, *Derecho Societario Peruano* (Lima: Gaceta Jurídica, 2015); 85.

9 En el mismo sentido, Joe Navarrete ha señalado: “La contratación mediante convenios contribuye a ajustar el modelo legal ofrecido por el legislador a las necesidades y exigencias de las partes contratantes. Sería imposible que un producto estándar como es el o los modelos de sociedad ofrecidos por el ordenamiento jurídico puedan cubrir todas las expectativas de los socios o las contingencias que puedan surgir en el devenir de la Sociedad”. Joe Navarrete, «Los convenios societarios y las operaciones de adquisición de empresas», 299.

10 Molano-León, Ricardo. «Shareholders agreements in close corporations and their enforcement in the United States of America», acceso el 25 de agosto de 2021, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602008000300009

satisfacer o proteger ciertos intereses concretos de los accionistas y terceros.

En cuanto al objeto de los convenios societarios, debe tenerse en cuenta que estos constituyen una categoría jurídica que engloba bajo un común denominador diferentes tipos de pactos¹¹. Dicho común denominador será la regulación de derechos, obligaciones y otras situaciones jurídicas derivadas de la titularidad de acciones o participaciones en una sociedad. De esta forma, debajo del paraguas de la definición de convenio societario puede encontrarse tanto un convenio que regule supermayorías para acuerdos en junta, como uno en el que el accionista mayoritario le otorga a un tercero un derecho de opción de compra respecto de sus acciones (*call option*).

Un convenio societario, entonces, podrá definirse como un contrato mediante el cual los socios establecerán una reglamentación adicional al ordenamiento estatutario, respecto a su relación social y su relación con terceros respecto a sus derechos en la sociedad. Visto desde esa perspectiva, un convenio societario se constituye como parte del ordenamiento privado de la sociedad, conviviendo con otros instrumentos como la regulación estatutaria.

3. Sobre la oponibilidad jurídica

De manera general la “oponibilidad” es una característica jurídica que puede aplicarse a distintos tipos de derechos. Se presenta tanto en el plano de los derechos reales como en el de los derechos personales. Por ello, el análisis de la oponibilidad se ha realizado desde distintas perspectivas según la materia de estudio.

Así, por ejemplo, se ha abordado el concepto de oponibilidad como *property rule*; se ha estudiado extensamente en el ámbito de los derechos reales ligada a la inscripción de derechos en registros públicos; y se ha revisado también en el derecho de contratos como excepción a la relatividad contractual¹².

De forma general, la oponibilidad significa la primacía de una situación jurídica¹³ frente a otra en el plano de los efectos jurídicos¹⁴. En el marco del derecho de contratos, se entiende como una excepción al principio de relatividad contractual dispuesto en el artículo 1363¹⁵ del Código Civil peruano¹⁶.

El criterio o razonabilidad detrás de la relatividad contractual es que la esfera jurídica de una persona no puede verse afectada sin su consentimiento¹⁷. Por lo tanto, el acuerdo entre las partes no podrá tener

11 Según Jorge Feliú, se trata de “una relación jurídica que puede englobar de forma singular o bajo una estructura compleja un conjunto más o menos amplio de contratos(s) típico(s), aderezado, completado o acompañado por cláusulas particulares”. Jorge Feliu, *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas* (España: Marcial Pons, 2012); p. 132.

12 Gerson Barboza ha realizado un estudio pormenorizado de dichas distintas perspectivas en desde las que se ha abordado la oponibilidad: Gerson Barboza, «La oponibilidad de derechos en general», *Actualidad Jurídica*, n° 267 (2016): 88-109.

13 El concepto de situación jurídica (subjética) ha sido definido por el profesor Gastón Fernández como “todo hecho o acontecer de la vida social, que resulta trascendente para el Derecho, al merecer juridicidad por parte del Ordenamiento Jurídico, el interés sometido al mismo”. Gastón Fernández, «La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto», *Themis – Revista de Derecho*, n° 27-28 (1994): 46.

14 Gerson Barboza, «La oponibilidad de derechos en general», 107.

15 Artículo 1363 del Código Civil: “Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles”.

16 Gerson Barboza, «La oponibilidad de derechos en general», 108. El profesor Julio Salas también desarrolla el concepto de oponibilidad de los convenios como una excepción al principio de relatividad contractual: Julio Salas, «Los convenios de accionistas en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad», *Ius et Veritas*, n° 36 (2008), 87.

17 Principio que puede verse, por ejemplo, en la regulación del Código Civil respecto a los contratos a favor de terceros: “Artículo 1458.- El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente.

La declaración del beneficiario puede ser previa al contrato.” (subrayado agregado).

efectos en la esfera jurídica de terceros que no han participado del contrato.

La relatividad contractual es un escenario de no oponibilidad del contrato ante terceros ajenos a la relación contractual¹⁸. *Contrario sensu*, en caso un contrato sea “oponible” a un tercero, significará que la esfera jurídica de dicho tercero se ha visto modificada en cierto sentido. En virtud de dicha modificación, en la esfera jurídica del tercero surgirá una determinada situación jurídica subjetiva, pudiendo ser esta un deber, un derecho subjetivo, un derecho potestativo, u otra de cualquier tipo. Ello dependerá del tipo de acuerdo del que se trate.

Partiendo de lo anterior, se deduce que la oponibilidad de los convenios societarios a la sociedad implicará, entonces, una modificación de su esfera jurídica. La sociedad y/o sus órganos internos pasarán a tener ciertos deberes, derechos, u otras situaciones jurídicas subjetivas en virtud de dichos convenios. Es la oponibilidad la que termina integrando la regulación del convenio al ordenamiento societario particular. En principio, las reglas incluidas en el convenio societario serán tan relevantes para la sociedad y sus órganos internos, como la regulación estatutaria, siempre y cuando esta no la contravenga.

Ahora, teniendo lo anterior en consideración, la forma concreta en la que la esfera jurídica de la sociedad varía cuando se le hace oponible un convenio societario dependerá del tipo de convenio que se haga oponible a la sociedad y los pactos que este convenio haya incorporado.

4. Breves apuntes sobre la regulación de la oponibilidad de los convenios societarios en el derecho comparado

18 Gerson Barboza, «La oponibilidad de derechos en general», 89.

19 Reconocimiento adicional a dichos pactos también se hace en los artículos 530 y siguientes de la misma norma, los cuales regulan la publicidad de los pactos parasociales en las sociedades cotizadas.

Como es evidente, la relación de la regulación acordada en los convenios societarios con la sociedad y sus otros cuerpos de reglas internos como el estatuto y el pacto social, varía según los ordenamientos jurídicos particulares. A continuación, se detallan algunos apuntes particulares respecto a la forma en la que algunos ordenamientos extranjeros abordan la oponibilidad de los convenios societarios a las sociedades.

4.1 El ordenamiento español

La revisión del ordenamiento español es relevante porque es usualmente la base de muchas de las disposiciones societarias que se han adoptado en el Perú. Es a su vez evidente la influencia doctrinaria que han tenido diversos autores españoles de la mera revisión de la doctrina nacional.

En España, si bien a comienzos del siglo pasado se consideraban los convenios societarios prohibidos, se ha aceptado su validez tanto jurisprudencial como normativamente. Así, la discusión hace unas décadas ha dejado de ser si estos pactos son válidos o no, a si son oponibles a la sociedad o no.

Desde la regulación la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (artículo 7.1) y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 (artículo 11.2), la regulación ha optado por hacer los convenios inoponibles a la sociedad. Actualmente, la Ley de Sociedades de Capital española, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010 del 2 de julio de 2010, establece en su artículo 29 que “*los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad*”¹⁹. Dicha norma recogió lo dispuesto en la anterior normativa de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989) y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 2/1995).

De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia mayoritarias españolas, un pacto reservado es todo pacto no incluido en los estatutos; afirmación a partir de la cual ciertos autores y la jurisprudencia deducen que, si todo pacto no incluido en los estatutos sociales es un pacto reservado, todo pacto no incluido en los estatutos sociales es inoponible a la sociedad²⁰. Se parte del principio de relatividad contractual, considerándose a la sociedad como un tercero que no puede ver su esfera social afectada por un pacto entre accionistas, especialmente teniendo en cuenta que los convenios societarios no cuentan con los mismos requisitos procedimentales de aprobación y publicidad que la normativa interna de la sociedad (estatutos y pacto social)²¹.

Debido a la rigidez del ordenamiento español (y de la forma en la que los tribunales lo han interpretado) en cuanto a la ineficacia de los convenios frente a la

sociedad, en la práctica, cierta la jurisprudencia ha buscado a lo largo del tiempo, a través de distintos argumentos, que los convenios sean oponibles en situaciones donde parece que sería injusto o ilógico lo contrario. Ello únicamente en supuestos donde existieron pactos acordados por todos los accionistas, y que fueron incumplidos con posterioridad sustentándose en la existencia de la inoponibilidad.

En jurisprudencia se ha argumentado²², por ejemplo, el levantamiento del velo societario²³, la ficción de una junta general de accionistas²⁴, y la existencia de abuso de derecho²⁵. A su vez, diversos autores han abogado recientemente por una revisión de la oponibilidad de los convenios societarios omnilaterales, argumentando que en la actualidad la inoponibilidad total de estos convenios no se ajusta a la realidad mercantil internacional²⁶, y jurisprudencia en los últimos años parece haber adoptado ese criterio²⁷.

20 Aránzazu Pérez, «La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios», *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto* 61, n° 2 (2003): 275.

21 En palabras de Jorge Feliu: “(...) en virtud del principio de relatividad, la sociedad, por ostentar una personalidad jurídica independiente de los socios que la constituyeron, es, a los efectos del pacto parasocial suscrito por los socios, un tercero. Del mismo modo, y de forma resumida, los pactos establecidos por los socios, al no revestir la forma y seguir el procedimiento de adopción y cumplir con los requisitos de publicidad establecidos en la legislación societaria, no son oponibles a la sociedad”. Feliu, *Los pactos parasociales...*, 186.

22 Véase para una revisión doctrinaria de la mayoría de los casos citados: Cándido Paz-Ares, «El *enforcement* de los pactos parasociales», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, n° 5 (2003): 33-35.

23 Caso Hotel Atlantis Playa, según sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 24 de setiembre de 1987 (Ar. 6194).

24 Caso Mundaka, según sentencias del Tribunal Supremo español de fechas 26 de febrero de 1990 (Ar. 1600) y de 10 de febrero de 1992 (Ar. 1204).

25 Caso Promociones Keops, según Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 1989 (ar. 7050).

26 Aránzazu Pérez ha señalado, por ejemplo: “*las decisiones jurisprudenciales ya citadas han planteado la necesidad de revisar la tradicional eficacia obligacional de los pactos parasociales, al menos para el caso en el que todos los socios de la sociedad han tomado parte en ellos*”. Aránzazu Pérez, «La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios», 285. Por su parte, Cándido Paz-Ares también ha argumentado extensamente la necesidad de no considerar la regla de inoponibilidad en los casos donde participan todos los socios. Cándido Paz-Ares, «El *enforcement* de los pactos parasociales», 36 y siguientes.

27 En la Sentencia del Tribunal Supremo STS 659/2016, de fecha 25 de febrero de 2016, el tribunal deja entrever que, en base a jurisprudencia anterior, los pactos parasociales omnilaterales sí pueden ser oponibles en determinadas circunstancias, y el considerando noveno de la sentencia señala, respecto al caso en concreto, que el demandante: “*Infringe las exigencias derivadas de la buena fe la conducta del socio que ha prestado su consentimiento en unos negocios jurídicos, de los que resultó una determinada distribución de las acciones y participaciones sociales, en los que obtuvo ventajas (la adquisición de la nuda propiedad de determinadas acciones y participaciones sociales) y en los que se acordó un determinado régimen para los derechos de voto asociados a esas acciones y participaciones (atribución al usufructuario de las acciones y participaciones sociales transmitidas), cuando impugna los acuerdos sociales aprobados en la junta en que se hizo uso de esos derechos de voto conforme a lo convenido. Quienes, junto con el demandante, fueron parte este pacto parasocial omnilateral y constituyen el único sustrato personal de las sociedades, podían confiar legítimamente en que la conducta del demandante se ajustara a la reglamentación establecida en el pacto parasocial*”.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina española, ante la falta de normativa clara al respecto, ha generado distintos tipos de análisis a fin de sustentar la oponibilidad extraordinaria de los convenios societarios. En particular, en los supuestos de convenios en que existe identidad entre los accionistas y los participantes del convenio. No obstante, fuera de ese ámbito, en el ordenamiento español, se entendería que los convenios societarios serían inoponibles a la sociedad.

4.2 El ordenamiento brasileño

En el ordenamiento brasileño, el artículo 118 de Ley de Sociedades por Acciones (*Lei de Sociedades por Ações*, Ley No 6.404 del 15 de diciembre de 1976)²⁸ dispone la posibilidad de que ciertos tipos de convenios sean oponibles a la sociedad:

“Artículo 118. Los acuerdos de accionistas, sobre la compra y venta de sus acciones, prefe-

rencia para adquirirlas, ejercicio del derecho a voto, o del poder de control deberán ser observados por la compañía cuando se archiven en su sede.

§ 1º Las obligaciones o cargas derivadas de estos acuerdos solamente serán oponibles a terceros, después de ser anotados en los libros de registro y en los certificados de las acciones, si se emiten.

§ 2º Estos acuerdos no podrán ser invocados para eximir al accionista de responsabilidad en el ejercicio del derecho de voto (artículo 115) o del poder de control (artículos 116 y 117).

§ 3º En las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas podrán promover la ejecución específica de las obligaciones asumidas.

28 Artículo 118 de Ley de Sociedades por Acciones (*Lei de Sociedades por Ações*, Ley No 6.404 del 15 de diciembre de 1976), el cual fue modificado mediante la Ley No. 10.303 de 2001:

“Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.

§ 1º As obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.

§ 2º Esses acordos não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto (artigo 115) ou do poder de controle (artigos 116 e 117).

§ 3º Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas.

§ 4º As ações averbadas nos termos deste artigo não poderão ser negociadas em bolsa ou no mercado de balcão.

§ 5º No relatório anual, os órgãos da administração da companhia aberta informarão à assembleia-geral as disposições sobre política de reinvestimento de lucros e distribuição de dividendos, constantes de acordos de acionistas arquivados na companhia.

§ 6º O acordo de acionistas cujo prazo for fixado em função de termo ou condição resolutiva somente pode ser denunciado segundo suas estipulações.

§ 7º O mandado outorgado nos termos de acordo de acionistas para proferir, em assembleia-geral ou especial, voto contra ou a favor de determinada deliberação, poderá prever prazo superior ao constante do § 1o do art. 126 desta Lei.

§ 8º O presidente da assembleia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado.

§ 9º O não comparecimento à assembleia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer parte de acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissão e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada.

§ 10º Os acionistas vinculados a acordo de acionistas deverão indicar, no ato de arquivamento, representante para comunicar-se com a companhia, para prestar ou receber informações, quando solicitadas.

§ 11º A companhia poderá solicitar aos membros do acordo esclarecimento sobre suas cláusulas”.

§ 4º Las acciones anotadas en los términos de este artículo no podrán ser negociadas en bolsa o en el mercado de valores.

§ 5º En el informe anual, los órganos de la administración de la compañía abierta informarán a la Asamblea General las disposiciones sobre política de reinversión de beneficios y distribución de dividendos, que consten en acuerdos de accionistas archivados en la compañía.

§ 6º El acuerdo de accionistas cuyo plazo se fije en función de término o la condición resolutive sólo puede ser denunciado según sus estipulaciones.

§ 7º El mandato otorgado en los términos de acuerdo de accionistas para proferir, en asamblea general o especial, voto en contra o a favor de determinada deliberación podrá prever un plazo superior al que figura en el parágrafo 1 del art. 126 de esta ley.

§ 8º El presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la asamblea de la compañía no computará el voto proferido con infracción de acuerdo de accionistas debidamente archivado.

§ 9º La no asistencia a la asamblea o a las reuniones de los órganos de administración de la compañía, así como las abstenciones de voto de cualquier parte de acuerdo de accionistas o de miembros del consejo de administración elegidos en los de

acuerdo de accionistas, garantiza a la parte perjudicada el derecho de votar con las acciones pertenecientes al accionista ausente y, en el caso de miembro del consejo de administración, por el consejero electo con los votos de la parte incumplidora.

§ 10º Los accionistas vinculados a un acuerdo de accionistas deberán nombrar, en el acto de archivado, a un representante para comunicarse con la compañía, para prestar o recibir información, cuando sea solicitada.

§ 11º La compañía podrá solicitar a los miembros del acuerdo de aclaración sobre sus cláusulas²⁹.

Al amparo de esa norma, únicamente podrán ser oponibles los convenios que versen sobre compra-venta de acciones, derechos de adquisición preferente, ejercicio de derechos de voto y control de la compañía, siendo el resto de convenios societarios inoponibles, pero válidos y eficaces entre las partes. No podría, en ese sentido, ser oponible un convenio que disponga, por ejemplo, el número de directores que deberá tener la sociedad. Se entiende que esa regla debe ser parte de la regulación estatutaria³⁰.

La oponibilidad limitada de los convenios societarios relativos a las materias específicas antes mencionadas ha sido criticada por la doctrina, proponiendo determinados autores una redacción que abarque todos los derechos derivados de la titularidad de acciones en la sociedad³¹.

29 Traducción libre del portugués.

30 Glauco Da Rocha, «A Execução Específica dos Acordos de Acionistas: Uma análise sobre o § 3º do artigo 118 da Lei 6.404 de 1.976» (Trabajo de investigación para optar el Grado de Bachiller en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010), 41 y 42.

31 Véase por ejemplo lo señalado por Celso Barbi Filho: "(...) seria oportuno que, em uma nova reforma da Lei, seu texto fosse mais amplo, referindo-se a acordos sobre o exercício regular de todos os direitos decorrentes da titularidade das ações vinculadas ao pacto, acabando-se com a restrição hoje existente". Celso Barbi, «Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal», *Revista de informação legislativa*, volumen N° 38, n° 152 (2001): 252.

El alcance de la regulación de la normativa brasileña resulta interesante, porque establece a detalle distintos aspectos no incluidos en otra normativa (incluyendo la peruana), como, entre otros, las consecuencias específicas de que se incumpla un convenio societario de voto (parágrafos 8 y 9), o el deber de las partes del convenio de nombrar a un representante ante la sociedad (parágrafo 10).

4.3 El ordenamiento estadounidense

La oponibilidad de los convenios societarios en los sistemas del *common law* está más aceptada que en los pertenecientes a la tradición jurídica del derecho continental. Es interesante ver la forma en la que estos convenios son regulados por los dispositivos normativos estadounidenses en comparación con los de otras legislaciones, incluyendo la peruana.

Un ejemplo de ello es el *Model Business Corporation Act* (MBCA), modelo legal preparado por la *American Bar Association* en el cual se basan las leyes de sociedades de al menos treinta estados de Estados Unidos. En el apartado 7.32 del MBCA

(*Shareholders Agreements*) se señala que serán oponibles a la sociedad y a los accionistas, a pesar de que puedan ser contrarios a las disposiciones del MBCA, los acuerdos entre todos los accionistas al momento del acuerdo, siempre que se cumplan con los requisitos ahí establecidos³².

El referido parágrafo lista los tipos de acuerdos que pueden ser incluidos en este tipo de acuerdos, los cuales incluyen la eliminación del directorio, políticas de dividendos, acuerdos de designación y nombramiento de directores, términos y condiciones sobre la transferencia de propiedad o provisión de servicios entre las sociedades y sus vinculadas, entre otros. Los tipos de convenios societarios listados encajan en el tipo de convenios societarios denominados de organización, los cuales implican una incidencia directa en la operativa interna de la sociedad.

Ahora, si bien se listan específicamente dichos acuerdos, en el acápite (8) del literal (a) se señala, como cajón de sastre, que también se encontrarán regulados por este artículo los convenios que “*regulen el ejercicio de poderes corporativos o administración del negocio y asuntos de la sociedad o la*

32 Parágrafo 7.32 del MBCA: “§ 7.32 Shareholder Agreements

(a) *An agreement among the shareholders of a corporation that complies with this section is effective among the shareholders and the corporation even though it is inconsistent with one or more other provisions of this Act in that it:*

- (1) *eliminates the board of directors or restricts the discretion or powers of the board of directors;*
- (2) *governs the authorization or making of distributions, regardless of whether they are in proportion to ownership of shares, subject to the limitations in section 6.40;*
- (3) *establishes who shall be directors or officers of the corporation, or their terms of office or manner of selection or removal;*
- (4) *governs, in general or in regard to specific matters, the exercise or division of voting power by or between the shareholders and directors or by or among any of them, including use of weighted voting rights or director proxies;*
- (5) *establishes the terms and conditions of any agreement for the transfer or use of property or the provision of services between the corporation and any shareholder, director, officer or employee of the corporation or among any of them;*
- (6) *transfers to one or more shareholders or other persons all or part of the authority to exercise the corporate powers or to manage the business and affairs of the corporation, including the resolution of any issue about which there exists a deadlock among directors or shareholders;*
- (7) *requires dissolution of the corporation at the request of one or more of the shareholders or upon the occurrence of a specified event or contingency; or*
- (8) *otherwise governs the exercise of the corporate powers or the management of the business and affairs of the corporation or the relationship among the shareholders, the directors and the corporation, or among any of them, and is not contrary to public policy.*

(b) *An agreement authorized by this section shall be:*

- (1) *as set forth (i) in the articles of incorporation or bylaws and approved by all persons who are shareholders at the time of the agreement, or (ii) in a written agreement that is signed by all persons who are shareholders at the time of the agreement and is made known to the corporation; and*
- (2) *subject to amendment only by all persons who are shareholders at the time of the amendment, unless the agreement provides otherwise (...).*

*relación entre los accionistas, los directores y la sociedad, o entre cualquiera de ellos, y no sean contrarios a las políticas públicas*³³.

A su vez, de acuerdo con el literal (b) del mismo apartado, estos convenios serán válidos solo si son acordados en el pacto social y el estatuto “*articles of incorporations* y *by-laws*”, o en un documento suscrito por todos los accionistas comunicado a la sociedad. Mediante esta normativa, se regulan de forma conjunta, entonces, tanto los pactos incluidos en el estatuto como los estipulados fuera de este. Así, se iguala la regulación estatutaria a la extraestatutaria para el caso de los pactos relacionados con la sociedad, que, incluso, puedan contravenir la ley.

Por otro lado, de conformidad con el literal (c) del apartado 7.32 bajo análisis, debe dejarse constancia de la existencia de estos acuerdos en los certificados de acciones correspondientes a fin de que los futuros adquirentes puedan conocer los convenios societarios acordados³⁴. Los adquirentes de acciones podrán rescindir la compra de acciones en caso no tengan conocimiento de un convenio societario y este no haya sido adherido en el certificado de acciones, y/o no se le haya informado del mismo.

El sistema regulado por el MBCA tiene coherencia ya que, si determinada regulación orgánica extraestatutaria de la sociedad es aprobada por todos los accionistas y puede ser conocida por terceros adquirentes, entonces no tiene sentido que se limite su validez y eficacia. No tendría lógica que la regulación estatutaria prime sobre la extraestatutaria, ya que ambas han sido aprobadas y conocidas por todos los socios. No existe motivo por el cual esta regulación no deba ser vinculante.

En los comentarios oficiales de la *American Bar Association* se menciona respecto de la necesidad que estos pactos sean unánimes lo siguiente: “*La sección 7.32 (b) requiere aprobación unánime de los accionistas respecto del convenio independientemente de sus derechos de voto. Dicha unanimidad es requerida porque un convenio regulado bajo esta sección 7.32 puede generar cambios materiales en la estructura y operación de la sociedad, y en los derechos y obligaciones de los accionistas*”³⁵.

Por lo tanto, la misma normativa reconoce que para que ciertos convenios tengan una oponibilidad que alcance a la sociedad, a los demás accionistas, e, incluso, a futuros adquirentes, estos deben ser tomados por todos, y, además, deben ser publicitados en los mismos certificados de las

33 (8) (...) *governs the exercise of the corporate powers or the management of the business and affairs of the corporation or the relationship among the shareholders, the directors and the corporation, or among any of them, and is not contrary to public policy.*

34 Sección 7.32(c) del MBCA: “(c) *The existence of an agreement authorized by this section shall be noted conspicuously on the front or back of each certificate for outstanding shares or on the information statement required by section 6.26(b). If at the time of the agreement the corporation has shares outstanding represented by certificates, the corporation shall recall the outstanding certificates and issue substitute certificates that comply with this subsection. The failure to note the existence of the agreement on the certificate or information statement shall not affect the validity of the agreement or any action taken pursuant to it. Any purchaser of shares who, at the time of purchase, did not have knowledge of the existence of the agreement shall be entitled to rescission of the purchase. A purchaser shall be deemed to have knowledge of the existence of the agreement if its existence is noted on the certificate or information statement for the shares in compliance with this subsection and, if the shares are not represented by a certificate, the information statement is delivered to the purchaser at or before the time of purchase of the shares. An action to enforce the right of rescission authorized by this subsection shall be commenced within the earlier of 90 days after discovery of the existence of the agreement or two years after the time of purchase of the shares.*”

35 “*Section 7.32(b) requires unanimous shareholder approval of the shareholder agreement regardless of entitlement to vote. Unanimity is required because an agreement authorized by section 7.32 can effect material organic changes in the corporation’s operation and structure, and in the rights and obligations of shareholders.*”. «Model Business Corporation Act (2016 Revision)», Corporate Laws Committee Of The American Bar Association, 143, acceso el 25 de agosto de 2018, https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbcg.authcheckdam.pdf

acciones. Esto hace que, como se ha mencionado, según el literal (c) antes referido, si una persona adquiere acciones que no tengan publicitado el convenio en sus certificados, tendrá derecho a rescindir la compraventa.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, según la *American Bar Association*, los acuerdos relativos a la compraventa de acciones no se tienen que basar en esta sección de la MBCA³⁶. Ello también es lógico, ya que en esos casos la unanimidad exigida por el apartado 7.32 no parece ser necesaria. En dichos casos los únicos interesados serían los participantes de la compraventa.

En adición al referido apartado 7.32, los apartados 7.30 (*Voting Trusts*) y 7.31 (*Voting Agreements*) tratan específicamente sobre convenios relativos al ejercicio de derechos de voto. En el primero de estos se regulan de forma específica los *voting trusts*, mecanismos a través de los cuales los accionistas pueden sindicarse para votar en un sentido determinado a través de un síndico o *trustee*. Por su parte el apartado 7.32 regula específicamente los pactos de voto (*voting agreements*), estableciendo, en su literal (b) que estos podrán tener una ejecución específica³⁷. En ambos apartados, 7.30 y 7.31, no se hace referencia a la necesidad de que estos convenios tengan que ser unánimes. De esta forma, estos pactos serán oponibles sin tener el mismo estándar que los otros.

Por lo tanto, se puede concluir que el MBCA recoge una regla de oponibilidad de los convenios,

poniendo requisitos particulares a determinados tipos de convenios que parecen tener una incidencia en el funcionamiento interno general y la organización de la sociedad.

5. La regulación peruana de los convenios societarios y su oponibilidad a la sociedad

En el caso particular del ordenamiento peruano, tanto la regulación contractual general como la regulación societaria, tienen incidencia en los convenios societarios. En cuanto a la regulación contractual, ya que los convenios societarios son, antes que nada, acuerdos contractuales, estos resultan vinculados a la normativa civil contractual establecida en el Código Civil peruano y demás normativa general aplicable (e.g., normas constitucionales sobre contratos). A pesar de ello, los convenios societarios no son regulados por la normativa contractual de forma específica, lo cual es natural teniendo en cuenta que, tal como se ha señalado, los convenios son una categoría jurídica que engloba distintos tipos de pactos específicos.

Por otro lado, debido a la incidencia de los convenios societarios en el plano societario, estos son regulados por la normativa del derecho de sociedades. La regulación de los convenios societarios en la LGS tiene la intención de poner parámetros a los particulares, brindándoles, a su vez, una herramienta para que autorregulen sus intereses lo

36 «Model Business Corporation Act (2016 Revision)», Corporate Laws Committee Of The American Bar Association, 141, acceso el 25 de agosto de 2018, https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.authcheckdam.pdf.

37 Es interesante notar que, de acuerdo con los comentarios oficiales de la *American Bar Association*, este literal reconoce que la indemnización no es un remedio apropiado para el incumplimiento de pactos de voto. “Section 7.31(b) recognizes that damages are not likely to be an appropriate remedy for breach of a voting agreement.” «Model Business Corporation Act (2016 Revision)», Corporate Laws Committee Of The American Bar Association, 139, acceso el 25 de agosto de 2018, https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.authcheckdam.pdf

más eficaz y eficientemente posible. El artículo 8 de la LGS³⁸ establece lo siguiente:

“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”.

Un primer punto que resaltar a partir de dicho artículo es que se reconoce normativamente que los convenios societarios pueden ser celebrados entre los socios, o entre estos y terceros. Así, si bien suelen ser más comunes los convenios societarios que involucran únicamente a miembros de la sociedad, también es posible la participación de terceros ajenos al contrato social.

Por ejemplo, un acuerdo por el que los accionistas se obliguen frente a un financista de la sociedad a no votar a favor de reducciones de capital constituiría un convenio societario. Ello porque el contenido del acuerdo sería la regulación de un

derecho derivado de la titularidad de las acciones de la sociedad³⁹.

Un segundo aspecto que se desprende del mencionado artículo, y sin duda el más relevante, es la oponibilidad de los convenios societarios a la sociedad, siempre que estos le sean comunicados. De acuerdo con la primera línea del artículo 8, los convenios “*son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente (...) a partir del momento en que le sean debidamente comunicados*”.

Evidentemente la referencia a la “validez” del convenio ante la sociedad es en realidad una alusión a su oponibilidad. Como el mismo artículo 8 señala, no todo convenio societario será oponible, sino que solo los que hayan sido debidamente comunicados gozarán de esta característica. Es importante notar esto porque sus efectos y ejecutabilidad variarán en uno y otro caso.

La oponibilidad de los convenios societarios regulada por la LGS es bastante amplia, siendo el único requisito para que aplique que el convenio sea comunicado a la sociedad, y que no contravenga el estatuto. Esta fórmula general, como se ha visto anteriormente en la sección 4, no se encuentra en otros ordenamientos en los que también se ha adoptado de alguna forma una regla de oponibilidad.

38 Es cierto que, como ha sido señalado por diversos autores, la LGS parece regular dos tipos de convenios de accionistas, o por lo menos ha diferenciado una variante, en el artículo 8, y el artículo 55 literal b; sin embargo, dicha diferenciación no es relevante para efectos del análisis planteado en este trabajo. Ello porque los convenios societarios tal como se han definido se encuentran regulados en el sentido expresado en el artículo 8. Para un análisis más detallado sobre la diferenciación la regulación de los convenios regulados por dichos artículos véase: Julio Salas, «Los convenios de accionistas en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad», 70-73.

39 Respecto del caso particular de los convenios societarios celebrados con terceros que regulan el ejercicio de derechos de voto, cierto sector de la doctrina comparada ha planteado reparos respecto de su validez, o por lo menos de lo que puede regularse en estos. Dicho sector ha argumentado que estos pactos son inválidos debido a que estarían en contra del deber de lealtad de los socios, y contra el carácter inescindible del derecho de voto de la condición de socio. A su vez, se ha señalado que estos pactos no podrían regular cambios estructurales de la sociedad ya que en ese caso se perjudicaría el principio de autonomía estatutaria de los socios. Tal como argumenta David Pérez, dichos argumentos no parecen ser realmente sostenibles, debiendo permitirse la posibilidad de pactar con terceros convenios societarios que regulen pactos de voto. Véase: Pérez, David. «Pactos parasociales con terceros». *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil* (2011): 1-21.

Por otro lado, como se ha visto en la sección 3, la oponibilidad, en el plano contractual, se entiende como una excepción al principio de relatividad contractual, por lo que se debe concluir que un convenio societario que sea oponible a la sociedad implica una modificación de la esfera jurídica de dicha sociedad. Dicha modificación dependerá del tipo de convenio societario del que se trate.

Los convenios societarios que generan los efectos más evidentes son aquellos en los que se acuerdan derechos a favor de la sociedad (convenios de atribución). Un acuerdo, por ejemplo, en el que los accionistas pactan que el accionista mayoritario no competirá con la sociedad en la venta de un producto. En ese caso, según la oponibilidad referida en el artículo 8 de la LGS, con la sola comunicación del derecho a la sociedad, este derecho ya habría surgido en la esfera jurídica de la compañía⁴⁰.

En otros tipos de convenios, la oponibilidad se manifestará de forma diferente según lo que se regule. Estos son casos más complejos porque no regulan expresamente derechos o deberes que correspondan a la esfera jurídica de la sociedad, sino que regulan situaciones jurídicas de titularidad de los accionistas o reglas del funcionamiento social. Será por la vinculación del contenido de los convenios con la sociedad que esta tendrá deberes o derechos específicos.

Por ejemplo, en un convenio de accionistas en el que las partes regulen un derecho de adquisición preferente no se regulará expresamente un deber de la sociedad. Será más bien un derecho potestativo del beneficiario, frente al que otorgó el derecho, quien se encontrará en estado de sujeción. Sin perjuicio de ello, el hecho que este pacto sea oponible a la compañía causará que surjan deberes en la esfera jurídica de la sociedad.

Sobre este punto, el profesor Julio Salas opinaba que un convenio societario únicamente será exigible u oponible “*cuando las partes hayan previsto con claridad y precisión la forma en que las estipulaciones deberán ser cumplidas por la sociedad y, a su vez, exigidas por esta a quien corresponda*”⁴¹. Esta parece ser también la posición adoptada por cierta doctrina reciente⁴².

En mi opinión, dicha posición no es convincente, en especial teniendo en cuenta la amplitud de la norma, y la práctica corporativa actual. Esta lectura limitaría la oponibilidad únicamente a los casos en los que las partes del convenio regulen de forma específica los efectos que tendrá el acuerdo en la sociedad, lo cual no es exigido por la norma, ni es común en muchos casos en la práctica.

Si bien podría ser deseable que exista esta regulación particular, ello no siempre se dará, y, además, en ocasiones será difícil para las partes prever todos los deberes y situaciones jurídicas que pue-

40 Es interesante notar que esta regla es un poco distinta a la referida en el artículo 1458 del Código Civil respecto a los contratos a favor de terceros en general: “*Artículo 1458 del Código Civil.- El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente.*”

La declaración del beneficiario puede ser previa al contrato.”

De acuerdo con esta norma, el derecho surgirá de forma retroactiva al momento en que se realice el contrato, siempre que el tercero haya hecho conocer a las partes su interés en ejercer dicho derecho.

41 Julio Salas, «Los convenios de accionistas en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad», 94.

42 Por ejemplo, Amaranta Chuquihuara señala: “(...) *solo cuando las partes hayan previsto con claridad y precisión la forma en que las estipulaciones deberán ser cumplidas por la sociedad y, a su vez, exigidas por esta a quien corresponda, la finalidad requerida por el artículo 8º de la LGS podrá ser cabalmente cumplida por esta en resguardo de los intereses de las partes del convenio*”. Amaranta Chuquihuara, «Convenios parasocietarios: ¿Existen alternativas para reforzar su oponibilidad y exigibilidad?» *Enfoque Derecho*, acceso el 5 de junio de 2021, <https://www.enfoquederecho.com/2020/12/01/convenios-parasocietarios-existen-alternativas-para-reforzar-su-oponibilidad-y-exigibilidad/>

dan surgir en la sociedad a causa de los convenios. Asimismo, el que las partes tengan que regular en el convenio todas las consecuencias que deriven de su oponibilidad a la sociedad haría su contratación mucho más costosa (y, por tanto, menos eficiente)⁴³.

En muchos casos no existirá un detalle de los efectos para la sociedad, sin embargo, no podría afirmarse que aquellos convenios no son “oponibles”. En dichos supuestos la sociedad sí se verá afectada por el convenio, existiendo obligaciones que deberá cumplir a partir de este.

Por ejemplo, en el mismo supuesto de un convenio que regule un derecho de adquisición preferente, la sociedad deberá desconocer una transferencia que no haya respetado dicho derecho de preferencia. Este es un auténtico deber que la sociedad deberá cumplir a través de sus órganos de administración (*e.g.*, directorio, gerencia general), por lo que estos podrán tener responsabilidad en caso se incumpla⁴⁴.

Sin perjuicio de lo señalado, en muchos casos será más conveniente que las partes establezcan una regulación específica sobre el funcionamiento del convenio, los deberes de la sociedad, y demás aspectos que tienen incidencia en su cumplimiento y ejecutabilidad. En base a su autorregulación, los participantes en el convenio pueden mejorar en gran medida el funcionamiento y ejecutabilidad del convenio a través de su regulación contractual, lo cual no significará que un convenio que no incluya dicha regulación no podrá también tener efectos en la esfera jurídica de la sociedad.

El papel de los administradores de la sociedad también será relevante a efectos de poder aclarar cualquier duda que puedan tener sobre los efectos del convenio societario para la sociedad. Estos deberán solicitar cualquier aclaración a los participantes del convenio societario que crean conveniente, porque son finalmente estos los que, en representación de la sociedad, deberán dar cumplimiento al convenio, en cuanto le sea oponible.

Finalmente, el artículo 8 regula en el segundo párrafo que, en caso de contradicción del convenio societario con el estatuto o el pacto social, primarán estos últimos. Esta ha sido la opción escogida por nuestro sistema, teniendo en cuenta que los estatutos y el pacto social tienen reglas particulares de publicidad y de modificación.

6. Problemáticas e interpretación de la oponibilidad en la LGS vigente

Una primera interrogante que se puede plantear respecto a la oponibilidad de los convenios societarios es si es que debería adoptarse una regla de oponibilidad o no. ¿Se debería dar oponibilidad a los convenios societarios frente a la sociedad? En mi opinión sí, como regla general. Los convenios societarios son una herramienta más que tendrán los privados a su disposición para plasmar su autonomía privada en el marco de la regulación de una sociedad, y la oponibilidad les otorga a estos una mayor fuerza vinculante y posibilidad de ejecución, lo cual disminuye la posibilidad de oportunismo de alguna de las partes.

Ahora bien, establecer la regla de oponibilidad en la LGS de la forma antes señalada trae con-

43 Esto se basa en la teoría de los contratos incompletos y los costos transaccionales antes referidos.

44 En el caso de la gerencia, por ejemplo, el artículo 190 de la LGS señala lo siguiente:

“Artículo 190.- Responsabilidad

El gerente responde ante la sociedad, los accionistas y terceros, por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave” (subrayado agregado).

sigio ciertas problemáticas⁴⁵. Un primer ejemplo es que, en casos concretos, puede surgir una discusión respecto a cuál es el alcance del deber o actuación específica que debe realizar la sociedad. Respecto a este punto, se deberá analizar caso por caso aplicándose reglas generales de interpretación, y teniendo como guía principal la cláusula normativa general de la buena fe⁴⁶. Sin perjuicio de ello, soy de la opinión que sí podría ser útil que la ley especifique de qué forma deben afrontar la sociedad y sus órganos ciertos tipos de convenios en concreto, como, por ejemplo, los convenios de voto⁴⁷.

Por otro lado, surge la pregunta de si la sociedad debe ser responsable o no por el incumplimiento de un convenio societario, ya que si lo fuera podría existir una afectación indirecta a socios no firmantes del convenio o al propio accionista resarcido. En cuanto a este segundo problema, como regla general, la aplicación de, y la oponibilidad de, los convenios societarios, no debe afectar antijurídicamente a terceros no participantes en el acuerdo. A pesar de ello, dependerá del caso concreto, y existirán supuestos en los que un tercero accionista podrá verse afectado por el cumplimiento o el incumplimiento de un convenio por parte de la sociedad⁴⁸. En cuanto al hecho de que cualquier indemnización realizada por la sociedad terminaría afectando indirectamente al propio resarcido, este es un efecto económico que las partes deberán tener en consideración al

momento de pactar el convenio societario, y de ser el caso, incluir penalidades o mecanismos que busquen resarcir de forma adecuada a la eventual parte indemnizada.

Asimismo, es importante notar que en ciertos casos la oponibilidad implicará que un órgano social pueda ser responsable en caso de no cumplir con cierta obligación vinculada a la sociedad. Por ejemplo, si el gerente general anota una transferencia de acciones realizada en contravención de un convenio, este podrá ser objeto de reclamos por parte del accionista o tercero afectado. Sin perjuicio de ello, actualmente la normativa no es clara de qué órganos societario es específicamente el que debe velar por los convenios que se comuniquen a la sociedad, por lo que resulta conveniente que ello se pacte en el mismo convenio, o, incluso, en el estatuto.

Lo anteriormente señalado dependerá del supuesto ante el que se encuentren las partes, y estará relacionado al hecho de cuándo una sociedad puede verse afectada o vinculada por un acuerdo de sus accionistas o de estos y terceros. Si bien la LGS no hace referencia a requisitos adicionales para que los convenios societarios sean oponibles, se debe interpretar que la oponibilidad no se puede dar de forma automática en todos los casos. Por ejemplo, un convenio que establezca la conformación del directorio o que estipule reglas particulares sobre distribución de dividendos no debería poder ser

45 Estos problemas son apuntados por diversos autores, entre ellos véase: Daniel Abramovich, «Una aproximación práctica a los convenios de accionistas en la sociedad anónima», *Ius et Veritas*, n° 20 (2000): 156-157.

46 Artículo 1362 del Código Civil: “*Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes*”.

47 El anteproyecto publicado de una nueva ley general de sociedades curiosamente sí pone atención a este problema, regulándose lo siguiente: “(...) 7.5 *En los convenios que obliguen a las partes a alguna manifestación de voluntad en sentido determinado, o a algún comportamiento o actuación específicos, lo estipulado en tales convenios prevalecerá frente a la sociedad aun si la parte obligada, incumpliendo su obligación, se manifiesta, comporta o actúa en sentido contrario a lo indicado en estos (...)*”. Si bien no hace referencia expresa a los convenios de voto, esta regla aplicaría para estos.

48 Los convenios societarios que vinculan a la sociedad podrán tener efectos indirectos frente a los demás accionistas no participantes en el convenio. En determinadas normativas no queda duda respecto a estos efectos, e, incluso, la regulación del MBCA señala expresamente que se vincula a los accionistas y terceros adquirentes.

oponible en caso sea acordado por accionistas titulares del 80% del capital.

Ciertos tipos de acuerdos requerirán ser adoptados por todos los socios para llegar a ser válidos y oponibles, siendo estos los que establezcan, principalmente, reglas internas en la sociedad o aspectos que en principio afectan a todos los accionistas. Esto ya ha sido apuntado por la doctrina nacional, habiéndose señalado que los límites de la eficacia de los convenios societarios “*parecerían ser menores en aquellos casos en los que existe una identidad subjetiva plena entre los socios y las partes del convenio*”⁴⁹.

No obstante, sobre los convenios societarios celebrados por todos los socios se ha criticado justamente que el artículo 8 de la LGS es muy rígido en su segundo párrafo al señalar que la regulación estatutaria primará siempre sobre los convenios societarios⁵⁰. En los casos en los que no exista un tercero afectado, ¿podría un accionista escudarse en dicha norma para evitar el cumplimiento de un convenio societario por todos los accionistas? Si bien pareciera que, en virtud de la buena fe, esto no debería ser factible, de una lectura literal de la norma no parece poder realizarse una lectura en contra.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta las diferencias de la regulación estatutaria de lo estipulado en un convenio. La regulación estatutaria se inscribe en registros públicos y tiene procedimientos particulares de modificación y aprobación. La publicidad de esta regulación hace que se presuma su conocimiento por todos, a di-

ferencia de los convenios societarios que tienen naturaleza privada. Es por estas diferencias que el legislador ha decidido darle preferencia al estatuto, preferencia que parece necesaria a efectos de evitar que exista más de una regulación aplicable a cierto aspecto de la sociedad. Los agentes en el mercado, al momento de elaborar un convenio, debemos tener en cuenta la regulación estatutaria, de forma que esta converse de la mejor forma posible con el convenio societario. Que puedan complementarse ambas regulaciones y evitar contradicciones que devengan en que la sociedad deba preferir lo estipulado por el convenio, dejando desprotegido al accionista perjudicado por el incumplimiento del convenio.

Otros autores nacionales han criticado la oponibilidad general que ha dispuesto la norma por la falta de claridad de sus efectos. Estos incluso argumentan que los convenios que no sean acordados por todos los socios no deberían ser oponibles en ningún caso⁵¹. Una afirmación de este tipo, además de ser contraria al texto expreso de la norma vigente, no parece conveniente. La problemática reside en que se deberá diferenciar en qué casos un convenio debería ser oponible a pesar de no contar con la totalidad de socios, y en qué casos no. La regla debería apuntar a que sean oponibles todos los convenios en los que se regulen derechos y deberes de los que los accionistas puedan disponer.

Por ejemplo, ¿por qué no sería oponible un pacto de adquisición preferente entre dos accionistas minoritarios si es que están pactando sobre derechos disponibles, y no se está afectando ilegí-

49 Joe Navarrete, «Los convenios societarios y las operaciones de adquisición de empresas», 303. Además de ello, doctrina comparada también ha reconocido esta misma posición.

50 Joe Navarrete, «Los convenios societarios y las operaciones de adquisición de empresas», 303.

51 Para Luis Rocca, “*los pactos parasocietarios que obligan únicamente a parte de los socios de la sociedad no pueden tener eficacia frente a la sociedad, a los socios no participantes en ellos, y tampoco frente a terceros, excepción hecha para aquellos pactos que se realicen ante la universalidad de los socios, fuera del contexto de una junta universal. La sociedad representa su voluntad a través de la universalidad de socios*”. Luis Rocca, «Los pactos parasocietarios: entre un adecuado marco de autorregulación y los peligros de esta» (Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Magister en Derecho Empresarial, Universidad de Lima, 2016), 39.

timamente a otros accionistas, a la sociedad, o a terceros? Los convenios que usualmente son clasificados como de “relación” podrían por lo general ser perfectamente opuestos sin afectar de forma ilegítima a ningún tercero.

En los supuestos en los que podrían surgir inconvenientes se presentan en los convenios usualmente catalogados como de organización: convenios societarios que establecen o modifican reglas generales de organización interna. Como se ha señalado, estos sí deberían ser adoptados por todos los accionistas para que puedan ser opuestos a la sociedad⁵². Debe resaltarse que el MBCA estadounidense justamente establece este requisito de unanimidad de los accionistas para la oponibilidad de un convenio societario de estas características frente a la sociedad, los demás accionistas y eventuales terceros adquirentes. Creo que una regla de este tipo, si bien no es expresamente señalada en la LGS, debe interpretarse.

El caso de los convenios de voto, si es que se los clasifica entre los convenios de organización, es particular. Esto porque los derechos que se regulan en dichos convenios son, en principio, de titularidad exclusiva de las partes que están pactando el convenio. El hecho que estos convenios sean oponibles a la sociedad significará únicamente que la sociedad y los órganos societarios correspondientes deberán adoptar una actitud positiva dirigida a garantizar su cumplimiento. Esta oponibilidad no implicará una afectación ilegítima de los otros accionistas, sino el hecho que se deba respetar la voluntad ya vertida por las partes en el convenio societario.

Otro ejemplo de la poca claridad de los efectos y consecuencias de adoptar una regla como la del artículo 8 de la LGS es el caso de los efectos ante terceros adquirentes. Como ha sido señalado

anteriormente por doctrina nacional, los convenios societarios son contratos que crean, por lo general, vínculos obligacionales entre los que lo suscriben, y no derechos reales. Esto hace que, en principio, no puedan ser opuestos a terceros, con la excepción de la sociedad por regla especial contenida en el artículo 8 de la LGS.

En ese sentido, en caso un accionista participante en un convenio societario vendiera sus acciones en la sociedad, el adquirente no quedaría vinculado por el convenio. Como se ha visto, existen otras regulaciones, como la del MBCA, en las que sí se aborda este punto de forma específica, señalando que el convenio será oponible a los adquirentes, siempre y cuando se cumplan determinadas circunstancias (que se deje constancia del convenio en los certificados o se le haya informado al adquirente del mismo).

Ante la ausencia de una regla como la anterior en nuestro ordenamiento, los contratantes de un convenio societario suelen incluir obligaciones específicas de las partes e incluso de la sociedad. Por ejemplo, se suele incluir cláusulas que señalan que la sociedad no podrá anotar la transferencia de las acciones a favor de terceros, salvo en los casos en los que el tercero se haya adherido al convenio societario. Esta regulación privada del convenio trae, de esta forma, consecuencias para terceros que no participaron en el mismo, ello sin la necesidad de que la norma extienda sus efectos a estos.

No obstante, lo anterior, considero que sería positivo que la normativa establezca una regla de oponibilidad a terceros adquirentes en caso que el convenio sea anotado en la matrícula de acciones y se deje constancia de estos en los certificados de acciones, tal como en el caso de las cargas y gravámenes a las acciones. A su vez, podría también incorporarse una regla específica que, en caso el

52 Como se ha visto en la sección 4.3 precedente, esta es la regla que acoge la normativa estadounidense para el caso de este tipo de convenios societarios.

tercero adquirente no haya tenido conocimiento de un convenio societario que afecta las acciones, este pueda rescindir la compraventa, como lo establecido en el MBCA.

7. Consideraciones finales

La oponibilidad de los convenios societarios es una de las características centrales de este tipo de acuerdos. Esta tendrá incidencia en cómo un convenio societario puede ser ejecutado, así como para determinar responsabilidades en caso de su incumplimiento. Sin duda la oponibilidad ayuda a que los convenios societarios puedan ser cumplidos en mayor medida, ya que un incumplimiento no solo podría traer consecuencias para la parte incumplidora, sino también para la sociedad y sus órganos de administración.

A mi criterio, la adopción de la regla de la oponibilidad de los convenios societarios a las sociedades fue una decisión correcta. No obstante, la normativa puede mejorarse en distintos aspectos, varios de los cuales se abordan en el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades publicado el 4 de abril de 2018, elaborado por el Grupo de Trabajo conformado por Resolución Ministerial N° 0108-2017-JUS. En un siguiente trabajo ahondaré en estos aspectos.

Es importante que los agentes en el mercado tengamos en cuenta estas problemáticas a fin de poder tratarlas de la mejor forma que podamos en los mismos convenios societarios y estatutos sociales. La autonomía privada como poder jurídico de los particulares les permitirá poder paliar o contrarrestar algunos de los problemas que suelen surgir de la escasa regulación legal. Como se suele afirmar en el ámbito societario, en aras de la eficiencia, la autonomía privada debe ser la fuerza fundamental que permita a las personas, que son

las que finalmente tienen pleno conocimiento de sus intereses, regular sus relaciones en la sociedad.

Bibliografía

Abramovich, Daniel. «Una aproximación práctica a los convenios de accionistas en la sociedad anónima». *Ius et Veritas*, n° 20 (2000): 149-157.

Barbi, Celso. «Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal». *Revista de informação legislativa*, volumen N° 38, n° 152 (2001): 243-267.

Barboza, Gerson. «La oponibilidad de derechos en general». *Actualidad Jurídica*, n° 267 (2016): 88-109.

Chuquihuara, Amaranta. «Convenios parasocietarios: ¿Existen alternativas para reforzar su oponibilidad y exigibilidad?» *Enfoque Derecho*, acceso el 5 de junio de 2021, <https://www.enfoquederecho.com/2020/12/01/convenios-parasocietarios-existen-alternativas-para-reforzar-su-oponibilidad-y-exigibilidad/>

Corporate Laws Committee Of The American Bar Association. «Model Business Corporation Act (2016 Revision)», acceso el 25 de agosto de 2018. https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.authcheckdam.pdf

Da Rocha, Glauco. «A Execução Específica dos Acordos de Acionistas: Uma análise sobre o § 3º do artigo 118 da Lei 6.404 de 1.976». Trabajo de investigación para optar el Grado de Bachiller en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010.

- Elías, Enrique, *Derecho Societario Peruano*. Segunda edición (edición revisada, actualizada y aumentada). Lima: Gaceta Jurídica, 2015.
- Feliu, Jorge. *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*. España: Marcial Pons, 2012.
- Fernández, Gastón. «La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto». *Themis – Revista de Derecho*, n° 27-28 (1994): 41-56.
- Franco, Paolo. «Ejercicio del Derecho de Desistimiento regulado en el Artículo 1365 del Código Civil en los Convenios Parasocietarios». Tesis para optar a Título Profesional de Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 2016.
- Molano-León, Ricardo. «Shareholders agreements in close corporations and their enforcement in the United States of America», acceso el 25 de agosto de 2021, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602008000300009
- Navarrete, Joe. «Los convenios societarios y las operaciones de adquisición de empresas». En: *Fusiones y Adquisiciones* coordinado por Carlos Soto, 321-353. Lima: Instituto Pacífico, 2018.
- Palacios, Luis Enrique y Andrés Pesaque. «IBA Guide on Shareholders' Agreements - Peru», acceso el 25 de Agosto de 2021, https://www.ibanet.org/LPD/Corporate_Law_Section/Classy_Held_Growing_Busi_Entprs/shareholder-agreements.aspx
- Paz-Ares, Cándido. «El enforcement de los pactos parasociales». *Actualidad Jurídica Uribe & Menéndez*, n° 5 (2003): 19-43.
- Pérez, Aránzazu. «La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios». *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto* 61, n° 2 (2003): 261-296.
- Pérez, David. «Pactos parasociales con terceros». *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil* (2011): 1-21.
- Rocca, Luis. «Los pactos parasocietarios: entre un adecuado marco de autorregulación y los peligros de esta». Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho Empresarial. Universidad de Lima, 2016.
- Salas, Julio. «Los convenios de accionistas en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad». *Ius et Veritas*, n° 36 (2008), 64-102.