

Julio Salas Sánchez(*)

Los **convenios de accionistas** en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad(**)

«(...) LOS ECONOMISTAS CONDUCTUALES DAN UN PASO MÁS ADELANTE, AL SOSTENER QUE LA ACCIÓN HUMANA ES MODELADA NO SOLO POR LAS DIFICULTADES ECONÓMICAS RELEVANTES SINO QUE TAMBIÉN SE ENCUENTRA ALTAMENTE INFLUENCIADA POR LAS PREFERENCIAS ENDÓGENAS (...)»

1. El divorcio entre la realidad y la realidad legal en general y la societaria en particular

Desde sus primeras manifestaciones históricas, la sociedad anónima no ha detenido su evolución, adaptándose a las cambiantes necesidades del ser humano en su quehacer económico sin alterar, sin embargo, sus principios configuradores: «sociedad de capitales, por acciones y de responsabilidad limitada». Ellos le han permitido contar con una gran versatilidad que, sin duda, han contribuido para que ella sea el instrumento corporativo más utilizado y el que mayor atención ha captado de la doctrina y la legislación societaria, superando con creces a las demás formas societarias.

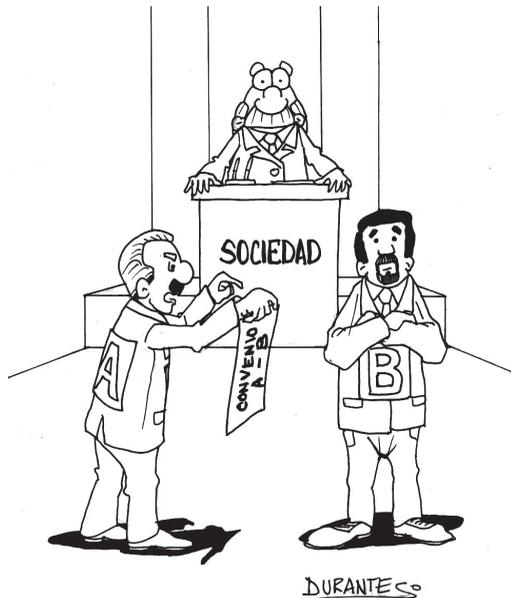
En el transcurso del tiempo, no obstante, el contenido de cada uno de esos principios «incontrovertibles»⁽¹⁾ ha tenido que ser reformulado para superar completamente o flexibilizar rígidas posturas iniciales doctrinarias y del Derecho Positivo para dar paso a nuevas figuras, así como para adaptar las existentes a la realidad empresarial. Es que, como siempre, la realidad precede al Derecho y el cambio viene obligado porque la libre voluntad y la imaginación humana así lo requieren superando el anquilosamiento de la norma legal.

La legislación nacional no ha sido ajena a esa evolución. Desde la ahora lejana Ley de Sociedades Mercantiles de 1966, posteriormente

(*) Abogado. Socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

(**) El presente artículo fue escrito por el autor el 1 de agosto de 2007.

(1) GARRIDO DE PALMA, Víctor. *Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*. En: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*. Tomo II. Madrid: Civitas, 1997. p. 1876.



Ley General de Sociedades de 1984⁽²⁾, la realidad societaria peruana se fue enriqueciendo tanto en la práctica misma como legislativamente, aunque de manera parcial. A fines de 1994 se conformó, oficialmente, una Comisión de Reforma de la Ley General de Sociedades entonces vigente, presidida por el ilustre maestro y jurista nacional, lamentablemente fallecido, Enrique Normand Sparks. Culminados los trabajos de la Comisión, el proyecto fue entregado al Ministro de Justicia quien lo presentó al Congreso de la República.

El doctor Normand señaló en su Exposición de Presentación del Proyecto de Ley General de Sociedades a la Comisión Revisora del Congreso de la República: «La Comisión al iniciar su tarea debe encarar una primera gran interrogante ¿Qué hacer frente a la Ley General de Sociedades vigente? ¿Deberá revisar, corregir, innovar, cambiar, modificar, complementar? Y encuentra que todas y cada una de estas tareas tenía que ser cumplida, y que no era suficiente enmendar o parchar la legislación vigente, sino que se precisaba también darle una nueva estructura total a la ley. Así lo recoge el proyecto y no con un sentido iconoclasta, no con el prurito de destruir lo que estaba hecho. Lo hace,

reconociendo que en derecho mercantil el jurista, el legislador inventa poco; el legislador, el jurista tiene la tarea de recoger la realidad, tiene que respetar las instituciones y formas societarias existentes y aceptadas. ¿Qué tendrá que hacer, entonces, frente a ellas? Tendrá que ordenarlas, sistematizarlas, recoger las soluciones, no olvidemos que el derecho es la ciencia de las opciones»⁽³⁾.

En este gran contexto, la Ley General de Sociedades⁽⁴⁾ trata de adecuar la normativa legal a la realidad entonces subyacente. No obvia la consideración de que la anterior LGS de 1966 tomó, en gran medida, los postulados de la Ley española de 1951 sobre Sociedades Anónimas, de manera que en la década del 90, en la práctica, el Perú contaba con una legislación de casi medio siglo de antigüedad, período en el que se habían producido vertiginosamente cambios sustanciales en la vida de las personas, en general, y de los empresarios y sus empresas en particular. No se podía dejar de considerar, tampoco, los muy importantes cambios en materia societaria ocurridos en Europa, a partir de la integración de los países miembros de la ahora Unión Europea -que acaba de cumplir 50 años de existencia⁽⁵⁾- ni, menos, la realidad de la globalización de la economía.

Así, la LGS de 1998 abandonó la excesiva rigidez de la legislación previa y abrió las puertas para que los empresarios, y sus abogados, tengan la mayor posibilidad de autorregular sus propios intereses

(2) Que modificó parcialmente la norma de 1966 debido a que el Código Civil de 1984 excluyó de su articulado a las «sociedades civiles, ordinarias y de responsabilidad limitada», obligando con ello a recogerlas en la normativa societaria así como a cambiarle su denominación de Ley de Sociedades «Mercantiles» por la de «Ley General de Sociedades».

(3) Texto contenido en la *Memoria de la Ley General de Sociedades*. Lima: Presidencia del Congreso de la República, 1997.

(4) Ley 26887 de 9 de diciembre de 1997, en adelante «LGS».

(5) El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, conocido como «Tratado de Roma», se firmó en esa ciudad el 25 de marzo de 1957.

Julio Salas Sánchez

(reafirmando el principio de la autonomía de la voluntad) dentro de los parámetros de la LGS, que pretende no ser excesiva ni rígida. Por ello, a modo de ejemplo, deja a la voluntad de las partes la determinación de las proporciones y formas del reparto de utilidades, superando con ello, además, el postulado de la LGS anterior sobre la distribución solo en proporción a las sumas desembolsadas de los aportes; con el artículo 41⁽⁶⁾ los contratos preparatorios que celebren las sociedades que la LGS regula o los que tengan por objeto las acciones, participaciones o cualquier otro título emitidos por las sociedades que regula son válidos cualquiera sea su plazo, salvo que la propia LGS señale un plazo determinado, quedando fuera de la limitación de seis meses prevista por el Código Civil⁽⁷⁾, plazo muy corto e ineficiente para muchas de las actividades empresariales. La rigidez del artículo 882 del Código Civil⁽⁸⁾ se supera en el artículo 101 admitiendo el pacto de prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones hasta por diez años prorrogables antes del vencimiento por períodos no mayores. El antes indiscutible derecho a voto por cada acción, hoy queda sobrepasado por la posibilidad de emitir acciones sin voto. La prohibición de emitir acciones por suma inferior a su valor nominal queda superada en la LGS; de la insuficiente regulación de la LGS anterior sobre la adquisición de las propias acciones, se llega a admitir la operación bajo los estrictos parámetros de la LGS; la figura de las prestaciones accesorias se ve ahora complementada con la de obligaciones adicionales a la acción, para distinguir las obligaciones personalísimas del aportante, de las obligaciones, dinerarias o no, que se imponen a todas las acciones o a una determinada clase de ellas. A la eliminación del Consejo de Vigilancia⁽⁹⁾ siguió un reforzamiento de los derechos de las minorías accionarias. La escisión, la reorganización simple y las «otras formas de reorganización societarias», complementaron las solitarias figuras de la transformación y fusión de la anterior LGS.

En lo que es materia de estas líneas, en 1951, Garrigues se refería a los sindicatos de accionistas en general y puntualmente a los sindicatos de mayoría, «(...) como uno de esos temas marginales que viven o acampan fuera de la ley, pero que gozan, al mismo tiempo, de un gran prestigio y de una gran atracción entre los hombres de negocios. Prestigio que, por cierto, corre parejas con el desprestigio que este mismo tema tiene en los libros y en las monografías de Derecho Mercantil. Porque, en efecto, mientras los mercantilistas dedican muchas páginas a denigrar los sindicatos de accionistas, los hombres de negocios, por el contrario, indiferentes o despectivos hacia la doctrina, se pasan la vida tejiendo pactos de sindicación de acciones»⁽¹⁰⁾. Luego de preguntarse por la «razón profunda» de esa radical oposición, Garrigues señala «(...) en definitiva a ustedes los Notarios y a nosotros los universitarios -que gracias a Dios somos también Abogados para no resecarnos o anquilosarnos totalmente con el estudio de las puras cuestiones teóricas- (...) nos incumbe, no solo por obligación, sino también por vocación, esta tarea de intentar armonizar la doctrina con la vida»⁽¹¹⁾. Luego de expresar su definida inclinación y sustento doctrinario favorable a los mencionados sindicatos, concluye que «(...) estos hombres para poder colmar sus legítimas aspiraciones como empresarios, necesitan precisamente lo contrario de lo que les ofrecía el legislador del siglo

(6) En adelante, la mención a cualquier artículo que no indique la norma a la que pertenece, debe entenderse referida a la LGS.

(7) Artículo 1423 del Código Civil.

(8) «Artículo 882 del Código Civil

No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita».

(9) Que, en la práctica, funcionó en el Perú solo en muy contadas excepciones.

(10) GARRIGUES, Joaquín. *Los Sindicatos de Accionistas*. En: *Temas de Derecho Vivo*. Madrid: Tecnos, 1978. p. 16.

(11) *Ibid.*; p. 17.

pasado: necesitan (...) estabilidad y (...) fortaleza (...) que se pueden recibir por el cauce de los sindicatos (...)»⁽¹²⁾.

Más de 40 años después, en referencia a la Ley de Sociedades Anónimas de España⁽¹³⁾, Garrido de Palma señaló «la realidad del Derecho de sociedades muestra por una parte que, al lado de la regulación que se contiene en las escrituras y estatutos -la uniformidad de los mismos puede considerarse, como se ha puesto ya de manifiesto, exagerada- cada vez va en aumento la que existe extra, fuera de estatutos; y por otra que el jurista se plantea en mayor número de casos de los deseables la duda de hasta qué punto es válido, y en último término partiendo de la validez del acuerdo o estipulación, si tendrá el carácter de inscribible. Estos hechos obligan al jurista a preguntarse la influencia que sobre ellos está teniendo la existencia de una regulación que, como la de la legislación de sociedades anónimas, puede considerarse que admite escasamente el juego de la autonomía de la voluntad, por ser excesivamente rígida, inflexible, rigurosa»⁽¹⁴⁾. El autor concluye «hoy no es ya infrecuente la existencia de un entramado contractual aparte, pero al lado, del contrato de sociedad y de sus estatutos (...) [y que este] infraderecho de sociedades que aquí se está bosquejando, cumple un importante papel dada su sencillez, flexibilidad, agilidad y capacidad de adaptación, así como su prudente discreción por la ausencia de publicidad (...) Es más, el sentar las bases de una relación personal-contractual que se quiere en principio sea perdurable, estable (familias, profesionales, empresarios) con un protocolo marco y director conviene, es positivo y en ocasiones prácticamente necesario, si se quiere lograr la estabilidad y perduración pretendidas»⁽¹⁵⁾.

El tema que ahora nos ocupa es uno más de los cambios que ponen de manifiesto la evolución de la sociedad anónima en el Perú. Los «Convenios»⁽¹⁶⁾ «entre socios o entre estos y terceros»⁽¹⁷⁾ fueron completamente ignorados por nuestra ley anterior, no obstante que su existencia era incontrovertible y nuestra propia realidad los venía exigiendo. Fue en los primeros años del 90, luego que el Perú abre sus fronteras a la inversión extranjera y fomenta la actividad empresarial privada, que comienzan a vincularse los inversionistas, nacionales y extranjeros, mediante figuras empresariales que carecían de reconocimiento o respaldo en el Derecho positivo nacional⁽¹⁸⁾ pero que eran reconocidas en otras latitudes, tanto en la doctrina como en el respectivo Derecho positivo. Ello obligaba a importantes esfuerzos imaginativos en materia societaria para que, sin sobrepasar la normativa (civil, en ausencia de legislación societaria) entonces vigente y casi al límite de la misma, los comunes intereses empresariales pudieran quedar plasmados en documentos válidos y exigibles⁽¹⁹⁾.

Hasta entonces, solo las limitaciones a las transferencias de acciones eran de uso

(12) *Ibid.*; p. 36.

(13) Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre de 1989. En vigencia desde el 1 de enero de 1990.

(14) GARRIDO DE PALMA, Víctor. *Op. cit.*; p. 1869.

(15) *Ibid.*; pp. 1873 y 1874.

(16) En adelante los «Convenios» o el «Convenio», según corresponda.

(17) «Artículo 8

Son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre estos 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».

(18) Es el caso, por ejemplo, de la escisión de sociedades que antes de la LGS carecía de regulación legal, no obstante lo cual, la práctica venía reconociéndola.

(19) Claro ejemplo era el plazo del contrato preparatorio de opción para adquirir o transferir acciones que, por mandato del Código Civil, no podía ser mayor a seis meses. O el de la prohibición contractual de «enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita» establecida por el artículo 882 del mismo Código.

Julio Salas Sánchez

habitual y, por imperio de la anterior LGS, debían quedar plasmadas en el estatuto social para ser vinculantes y exigibles tanto respecto de la sociedad como de todos sus accionistas y, por cierto, oponibles a terceros. Fuera del estatuto, sin embargo, las señaladas limitaciones y los convenios de sindicación de votos eran materia habitual de los acuerdos entre los accionistas, con el inconveniente de quedar circunscritos a quienes los celebraban, concededores de que su incumplimiento solo generaba el derecho a exigir la indemnización del caso, previa sentencia judicial, pero en ningún caso al cumplimiento de la obligación asumida.

Es pertinente concluir esta parte con una referencia al tema del Buen Gobierno Corporativo que, en el Perú, ha pasado de la etapa de la difusión teórica a su aplicación práctica. Los «acuerdos de accionistas» son hechos que, debido a su inocultable realidad, vienen siendo reconocidos y no rechazados por la mayoría de los Códigos de Buen Gobierno Corporativo.

Para los «Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE»⁽²⁰⁾, referentes obligados en esta materia: «Los convenios y agrupaciones de capital que permiten a determinados accionistas adquirir un 'grado de control desproporcionado' en relación con las acciones de las que son titulares, deben ponerse al descubierto»⁽²¹⁾. Agrega «al margen de las relaciones de propiedad, existen otros dispositivos que pueden afectar al control sobre la sociedad. Los acuerdos entre accionistas son un medio habitualmente empleado por grupos de accionistas, que individualmente cuentan con una participación reducida del capital total, para actuar conjuntamente con vistas a formar, en la práctica, una mayoría o, cuando menos, el bloque más grande de accionistas individuales. Por lo general, los acuerdos entre accionistas otorgan a sus integrantes derechos preferenciales a la hora de adquirir las acciones que otros integrantes desean vender. Estos acuerdos pueden contener también provisiones que exijan a quienes suscriban el acuerdo abstenerse de vender sus acciones durante un determinado período de tiempo. Los acuerdos entre accionistas pueden

tener por objeto cuestiones tales como la forma de seleccionar a los miembros del Consejo o al Presidente. Los acuerdos también pueden obligar a sus integrantes a ejercer su voto en bloque. Algunos países han evidenciado la necesidad de realizar un seguimiento estrecho de este tipo de acuerdos, y de limitar su duración (...) Uno de los derechos fundamentales de los inversores es el de ser informado sobre la estructura de propiedad de la sociedad y sobre sus derechos frente a los demás propietarios. El derecho a obtener la citada información puede extenderse también a la información sobre la estructura de un determinado grupo de empresas y sobre las relaciones dentro del grupo. La revelación de estos datos deberá aportar transparencia en relación con los objetivos, naturaleza y estructura del grupo. A menudo los países exigen la divulgación de la información relativa a la propiedad cuando se superan ciertos umbrales de propiedad. La información divulgada puede incluir datos sobre los accionistas mayoritarios y sobre otros que, de forma directa o indirecta, ejerzan o puedan ejercer un control sobre la sociedad a través de derechos de voto especiales, acuerdos entre accionistas, su potestad de control o grandes bloques de acciones, relaciones importantes de accionariado cruzado y garantías cruzadas».

Los Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas⁽²²⁾ recomiendan que «se deben revelar las estructuras o convenios de capital que permitan a ciertos accionistas ejercer un control desproporcionado en contraposición a su

(20) Organización para la Cooperación para el Desarrollo Económicos.

(21) *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE*. 2004. pp. 36, 37 y 57.

(22) Los «Principios» fueron publicados por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), en julio de 2002. Debe notarse que tal recomendación se hizo inspirada en los «Principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades» de 1999, la que fue revisada y ampliada por la versión del 2004 a la que antes se ha hecho referencia.

participación accionaria». Estos principios se encuentran en revisión ⁽²³⁾ y se ha sugerido la adopción del Principio 13: «Para promover la participación de los accionistas en la Junta General, las sociedades admitirán reglamentariamente la agrupación de accionistas individuales a través de convenios entre accionistas (...)» y del Principio 37: «Los convenios entre socios o entre estos y terceros, que, entre otras materias, afecten a la libre transmisibilidad de las acciones o al derecho de voto, habrán de ser comunicados con carácter inmediato a la sociedad, difundidos al mercado e inscritos en el Registro Mercantil»⁽²⁴⁾.

Los «Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo, eficiencia, equidad y transparencia en el manejo empresarial»⁽²⁵⁾ recomiendan que los acuerdos de accionistas se publiquen en la «página web corporativa» de la sociedad.

En este contexto general, los artículos 8 y 55-b⁽²⁶⁾ resultan ser un paso más en la evolución de la sociedad anónima, primero, al reconocer la validez y oponibilidad de los convenios y, luego, el primero, al establecer el criterio de vinculación y exigibilidad frente a la propia sociedad. Las líneas que siguen no pretenden abarcar el análisis completo de tales convenios parasocietarios y societarios sino los referidos a su oponibilidad y exigibilidad frente a terceros, incluyendo a la sociedad emisora de las acciones, dejando para una oportunidad posterior los aspectos relativos a su naturaleza jurídica, operatividad así como los problemas que causa el plazo de los mismos⁽²⁷⁾.

Tal criterio de vinculación no es desconocido para algunas legislaciones⁽²⁸⁾:

a) La legislación brasileña lo reconoce en el artículo 188⁽²⁹⁾ cuando admite su oponibilidad a los acuerdos de accionistas referidos a la compra venta de acciones, al derecho de adquisición preferente y al ejercicio del derecho de voto disponiendo que sean «observados», en el sentido de respetados, cuando sean registrados en su sede social, aunque tales acuerdos no pueden ser invocados para eximir al accionista de responsabilidad en el ejercicio del derecho de voto. Tal registro los hace, incluso, oponibles a terceros y, a este respecto, los accionistas «en las condiciones previstas en el acuerdo» pueden promover la ejecución específica de las obligaciones asumidas.

b) Uruguay⁽³⁰⁾ amplía el espectro de los convenios para incluir, además de los de voto, a cualquier otro de «objeto lícito»; establece un plazo de cinco años prorrogable, permite la ejecución forzada de las obligaciones del convenio y otros aspectos similares establecidos por la ley brasileña antes señalada. El convenio debe

(23) Documento elaborado por CONASEV sobre la base de la propuesta presentada por el consultor Alfredo Iburgüen en el marco de la consultoría «Evaluación Integral del Sistema de Regulación, Aplicación, Difusión y Supervisión de las Prácticas de Gobierno Corporativo de las Empresas Peruana».

(24) Se puede estar de acuerdo con la propuesta salvo, en cuanto a la inscripción de los Convenios en el Registro Mercantil o, ahora, Registro de Personas Jurídicas.

(25) Preparados bajo el auspicio de la Corporación Andina de Fomento (CAF), con la participación de Consultoría CAAG & Corporate Finance y de su consultor principal el señor Alfredo Iburgüen. Fueron publicados en abril de 2005.

(26) En la anterior LGS se señalaba que el estatuto debía contener, entre otros requisitos obligatorios, «los demás pactos y condiciones lícitas que se establezcan».

(27) Véase al respecto, en la doctrina nacional, el importante trabajo de: GUTIÉRREZ 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*. Año XVI. Número 52.

(28) Las referencias que siguen han sido tomadas del Capítulo IX («Derecho Comparado») del libro de MOLINA SANDOVAL, Carlos A. *Sindicación de Acciones: Contornos Jurídicos de los Acuerdos de Accionistas*. Buenos Aires: Lexis Nexis Depalma, 2003. pp. 141 y siguientes.

(29) Ley 6404 de 15 de diciembre de 1976.

(30) Ley 16060 de 1989.

Julio Salas Sánchez

ser depositado en la sociedad de lo que puede asumirse que serían válidos y exigibles frente a ella.

c) Portugal⁽³¹⁾ los admite con efecto entre quienes los celebran pero declara que «con base en ellos no pueden ser impugnados actos de la sociedad o de los socios con la sociedad». Los convenios pueden obligar a sus celebrantes «en tanto se obliguen a una conducta no prohibida por la ley».

2. Los Convenios en la LGS: el régimen positivo nacional

Con el solo hecho de la inclusión de los convenios en la LGS, queda superada, en nuestro país, la discusión sobre la licitud o ilicitud de los mismos, tan ampliamente discutida en la doctrina y de tan diversa variedad en la legislación comparada⁽³²⁾.

La LGS reconoce dos modalidades de los convenios cuya normativa sustancial está contenida (i) en el artículo 8, sobre los convenios que la doctrina llama «parasocietarios» y la

LGS «los convenios entre socios y entre estos y terceros» y (ii) en el artículo 55, inciso b, referido a los convenios que se incluyen en el estatuto, a los que nomina «convenios societarios»⁽³³⁾.

De la normativa citada resulta claro que el legislador nacional ha querido establecer diferencias entre los convenios que se celebran bajo las normas de los artículos materia de estas líneas, plasmándolas en regulaciones distintas que, al final, tienen efectos similares: su oponibilidad y exigibilidad frente a la sociedad. A su vez, el Reglamento del Registro de Sociedades⁽³⁴⁾ contiene una serie de disposiciones referidas a la inscripción registral de los actos societarios incluyendo a los convenios, que siguen el mismo sentido de la LGS⁽³⁵⁾.

Los aspectos distintivos entre uno y otro son:

(31) Código de Sociedades Comerciales de 1986.

(32) Que, como informa Aurelio Menéndez, parecería tener su punto inicial de referencia en la ley francesa de 24 de julio de 1867 que sancionaba «penalmente» a quienes se presentaban como titulares de acciones que no les pertenecían y originaban con ello una mayoría fraudulenta en la Junta General de Accionistas y que han ido variando hacia su aceptación legislativa en algunos países como sucede, por ejemplo, en el Perú y en Brasil. MENÉNDEZ, Aurelio. *Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima*. En: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Madrid: Civitas, 1978. p. 357.

(33) En la LGS existen, además: El artículo 92 sobre su inscripción en la Matrícula de Acciones. El 101 sobre limitaciones estatutarias a la libre transmisión, gravamen y afectación de las acciones. El 413 relativo a las funciones de los liquidadores, conforme a (...) los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad. El 414 que inhibe la actuación del juez en la designación de liquidadores cuando los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad lo hubieren hecho. El 416 que sujeta las facultades de los liquidadores, entre otros, a tales convenios entre accionistas. El 418 que los obliga a presentar a la Junta los estados financieros de los ejercicios que venzan durante la liquidación y de otros períodos contemplados, entre otros, en los convenios entre accionistas. El 420 que obliga a la distribución del haber social a, entre otras normas, los convenios entre accionistas inscritos en la Matrícula. El 428 que, respecto de las sociedades irregulares, señala que (...) los convenios entre socios y sus modificaciones, así como sus consecuencias, son válidos entre los socios. Finalmente, el 429 que, sobre la administración de la sociedad irregular, señala que ella corresponde a sus administradores y representantes designados en (...) los acuerdos entre los socios.

(34) Resolución 200-2001-SUNARP/SN, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 27 de julio de 2001.

(35) «Artículo 3 del Reglamento del Registro de Sociedades (...) 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; (...) j) Los convenios que versen sobre participaciones o derechos que correspondan a los socios de sociedades distintas a las anónimas (...).».

a) El artículo 8 se refiere a los convenios referidos a relaciones jurídicas creadas «fuera del estatuto» entre los socios celebrantes o entre estos y terceros. Recoge así los convenios que la doctrina llama «parasocietarios» o «extrasocietarios» que, en nuestro caso y a diferencia de otras legislaciones, tienen como característica sustancial la de extender el criterio de vinculación de sus estipulaciones hacia la sociedad emisora.

A su vez, el artículo 55, inciso b⁽³⁶⁾, admite los convenios que nomina «Convenios Societarios» los que, por voluntad de sus celebrantes, quedan contenidos en el estatuto social (inicial o en modificaciones posteriores). Estos, en tanto que están incluidos en el estatuto social que integra el pacto social, obligan a la propia sociedad la que, naturalmente, tiene que regir su actuar con arreglo a las normas de su ley interna, el estatuto social. Tienen como antecedentes los «pactos reservados» a que se refieren los artículos 10 y 12, numeral 3, de la Ley de la Sociedad Anónima y de la Ley de Sociedades Responsabilidad Limitada, respectivamente, de España, que se sustentan «(...) en base al principio de la autonomía de la voluntad [que] cabe incluir en la escritura de constitución de la sociedad anónima y limitada (...)»⁽³⁷⁾.

b) Los Convenios del artículo 8 están ubicados en el Libro Primero relativo a las «Reglas aplicables a todas las sociedades», de modo que permiten su aplicación a todas

las formas o tipos societarios que ella regula. Son denominados: «Convenios entre socios o entre estos y terceros».

En cambio, la LGS ubica a los «Convenios Societarios» del artículo 55 inciso b en el Libro Segundo que contiene el régimen legal específico para la «Sociedad Anónima».

No obstante las señaladas ubicaciones, por interpretación analógica, ambas regulaciones resultan aplicables a todas las formas societarias normadas por la LGS, sin perjuicio de sujetar cada convenio a las características esenciales y formales de cada forma societaria⁽³⁸⁾. La intención del legislador ha sido, claramente, la de reconocer su aplicación a todas las formas societarias, siguiendo a Aurelio Menéndez para quien «(...) la existencia de acuerdos de voto no es patrimonio exclusivo de la sociedad anónima, sino que esos acuerdos se dan también en las sociedades de responsabilidad limitada, en las sociedades de personas, e incluso se manifiestan en uniones o asociaciones

«Artículo 43 del Reglamento del Registro de Sociedades

En (...) las inscripciones (...) consecuencia de un acuerdo de junta general, el Registrador comprobará que se han cumplido (...) los convenios de accionistas inscritos en el Registro sobre convocatoria, quórum y mayorías (...)».

«Artículo 52 del Reglamento del Registro de Sociedades

En (...) las inscripciones (...) consecuencia de un acuerdo de directorio, el Registrador comprobará que se han cumplido... los convenios de accionistas inscritos en el Registro sobre convocatoria, quórum y mayorías (...)».

«Artículo 55 del Reglamento del Registro de Sociedades

(...) el presidente del Directorio (...) o el gerente general, dejará constancia (...) que la convocatoria fue cursada en la forma y con la anticipación previstas en (...) los convenios de accionistas inscritos en el Registro».

(36) «Adicionalmente, el estatuto puede contener:
(...)

b) Los convenios societarios entre accionistas que los obliguen entre sí y para con la sociedad.

Los convenios a que se refiere el literal b anterior que se celebren, modifiquen o terminen luego de haberse otorgado la escritura pública en que conste el estatuto, se inscriben en el Registro sin necesidad de modificar el estatuto».

(37) GARRIDO DE PALMA, Víctor. *Op. cit.*; p. 1870.

(38) Véase al respecto las referencias inequívocas en los artículos 277, 280, 294 y 303 que, con textos iguales, admiten que en los respectivos pactos sociales de todas las demás formas societarias que regula la LGS se incluyan «(...) a juicio de los socios (...) los demás pactos lícitos que deseen establecer, siempre y cuando no colisionen con los aspectos sustantivos de esta forma societaria».

Julio Salas Sánchez

que solo persiguen fines de carácter ideal. Pero (...) es evidente que el tema de los acuerdos o convenios de voto se ha abordado teniendo a la vista casi exclusivamente los planteamientos y resultados obtenidos en el ámbito específico de la sociedad anónima; y la doctrina que en época reciente ha prestado mayor atención al tema no ha dejado de advertir, por otra parte, que los problemas suscitados por estos convenios no varían sustancialmente de un tipo de sociedades a otros»⁽³⁹⁾. Por lo demás, la aplicación de una u otra norma a todas las formas societarias ha sido consagrada la práctica societaria en los 10 años de vigencia de la LGS.

c) En los convenios del artículo 8, la «debida comunicación» es el elemento de hecho que, sujetos a las condiciones de validez que se analizarán más adelante, generan la vinculación de la sociedad, que es el efecto perseguido por la norma.

En cambio, todas y cada una de las estipulaciones de los convenios societarios del artículo 55 inciso b se integran y forman parte de la ley interna de la sociedad, el pacto social y el estatuto⁽⁴⁰⁾, siendo innecesario exigir la «debida comunicación», desde que esta, por el solo hecho de estar incluidas en su estatuto social, queda obligada a reconocerlas y cumplirlas, bajo responsabilidad de sus respectivos órganos sociales. El hecho de que se incluyan en el estatuto social los hace plenamente exigibles y oponibles a todos los accionistas (y no solo a quienes lo celebraron), a la propia sociedad emisora de las acciones así como a cualquier tercero.

Igual que los convenios del artículo 8, los convenios societarios subordinan su oponibilidad y exigibilidad al pacto social y a las normas estatutarias y si hubiere cualquier contradicción entre cualquiera de sus estipulaciones y las de aquellos instrumentos, prevalecerán las del pacto social y del estatuto, por aplicación de la misma norma antes señalada. Es claro que no se puede concluir en forma

distinta, pues no sería admisible ni razonable la existencia de un ordenamiento societario paralelo y, eventualmente, opuesto a aquel que gobierna a la sociedad por mandato legal y del propio estatuto.

d) Respecto de las partes, los convenios del artículo 8 pueden ser celebrados entre los socios o entre estos y un tercero, sin intervención de la sociedad en ese acto. En caso que ella intervenga para tomar conocimiento del convenio, dicha intervención no enerva ni limita su derecho a señalar que una, más o todas sus estipulaciones no le conciernen o que resultan opuestas al pacto social o al estatuto, con los efectos legales que ello conlleva, como se verá más adelante.

En cambio, los convenios societarios del artículo 55 inciso b son celebrados exclusivamente entre los accionistas y, por estar incluidos en el estatuto, crean relaciones jurídicas válidas y exigibles, incluso para la propia sociedad y todos sus accionistas.

e) En cuanto a su contenido, los convenios del artículo 8 pueden tener el alcance y contenido que las partes contratantes voluntariamente quieran darles, naturalmente sujetos a la debida comunicación y respecto a aquello que concierna a la sociedad y no contradiga las normas del pacto social y/o del estatuto, sin perjuicio de cumplir con las demás condiciones de validez. Estos convenios deben versar sobre las acciones o el ejercicio de los derechos inherentes a ellas.

(39) MENÉNDEZ, Aurelio. *Op. cit.*; pp. 353 y 354.

(40) Uno de los cambios importantes de la LGS respecto de la LGS anterior, ha sido establecer que, además del pacto social, todas las formas societarias tengan un «estatuto social» que, a su vez, forma parte de aquel. En la LGS anterior solo la sociedad anónima requería tener un «estatuto»; las demás formas societarias regulaban su vida interna únicamente mediante el «pacto social».

En cambio, el artículo 55 inciso b exige que su contenido quede limitado a las obligaciones que se establezcan «entre sí [los accionistas o socios] y para con la sociedad», expresión legal que se analizará en el punto 6 posterior.

El Reglamento del Registro de Sociedades (RRS) aporta otra consideración que diferencia a los convenios del artículo 8 de aquellos regulados por el artículo 55 inciso b, que coadyuva a la determinación del contenido de los convenios. La LGS distingue entre:

- a) Los convenios del artículo 8, que se inscriben en la «Matrícula de Acciones». La Matrícula es un registro de carácter privado⁽⁴¹⁾ que, con la legalización correspondiente, la LGS obliga a llevar a toda sociedad anónima, por disposición expresa de su artículo 92⁽⁴²⁾, en cuya parte pertinente exige que se anoten en ella «(...) 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»; y,
- b) Los convenios societarios celebrados entre accionistas que los obliguen entre sí y para con la sociedad previstos

en el artículo 55 inciso b, por su parte, integran el estatuto social, de manera que obligatoriamente deben constar en escritura pública y ser inscritos en el Registro Público de Sociedades (el Registro), por disposición expresa de la LGS⁽⁴³⁾. El artículo 3 del Reglamento del Registro, referido a los «actos inscribibles», en consonancia con el artículo 92, dispone que estos convenios societarios son inscribibles en el Registro Público de Sociedades «(...) siempre que no versen sobre las acciones y no tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas».

Como se aprecia, en las normas legales y reglamentarias citadas no solo se encuentra la indicación pertinente al lugar en que los convenios deben ser inscritos para que generen los respectivos efectos jurídicos sino, además, un claro deslinde en cuanto a las partes que lo pueden celebrar y al contenido de unos y otros.

(41) Que, no por ser de carácter «privado» deja de tener importantísimos efectos jurídicos frente a la sociedad, sus accionistas y terceros. No de otra manera puede entenderse que el artículo 91 referido a la «propiedad de la acción» disponga que: «La sociedad considera propietario de la acción a quien aparezca como tal en la matrícula de acciones (...)». En este sentido, la Corte Suprema, actuando como instancia casatoria, ha declarado que «En la Matrícula de Acciones se anotan también la constitución de derechos y gravámenes sobre estas (...); por consiguiente, si bien es cierto este Libro no tiene la calidad de registro público a que se refiere el artículo 2008 y siguientes del Código Civil, dado su evidente carácter no público, la inscripción que se haga en él (...) por mandato de la ley especial es suficiente para su publicidad y por ende validez, puesto que atendiendo a la naturaleza de estos bienes muebles, vale decir, acciones y participaciones de sociedades, interesa a la sociedad todo acto que realicen respecto de ella sus socios y entre estos y terceros». (Casación 794-2005-Lambayeque de 23 de octubre de 2006 emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República y publicada en Diario Oficial El Peruano el 2 de abril de 2007).

(42) «Artículo 92
En la matrícula de acciones se anota la creación de acciones cuando corresponda de acuerdo a lo establecido en el artículo 83. Igualmente se anota en dicha matrícula la emisión de acciones, según lo establecido en el artículo 84, sea que estén representadas por certificados provisionales o definitivos.
En la matrícula se anotan también las transferencias, los canjes y desdoblamiento 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 (...)».

(43) «Artículo 5
La sociedad se constituye por escritura pública, en la que está contenido el pacto social, que incluye el estatuto. Para cualquier modificación de estos se requiere la misma formalidad (...).
Los actos referidos en el párrafo anterior se inscriben obligatoriamente en el Registro del domicilio de la sociedad (...)».

Julio Salas Sánchez

3. Los límites de los convenios

Cuando la doctrina ha rechazado la oponibilidad de los convenios a la sociedad, ha señalado también que no es jurídicamente posible su exigibilidad. Superado en el país el tema de la oponibilidad, el aspecto de su exigibilidad nos lleva directamente a analizar las condiciones de validez, o límites, de los convenios más allá de la «debida comunicación», para que sus estipulaciones permitan llegar a la finalidad principal del artículo 8: hacer realmente efectivas las estipulaciones del convenio y evitar que su incumplimiento obligue a la parte cumplidora a recurrir, como única vía posible, al fuero correspondiente a reclamar la indemnización que corresponda, pero no el cumplimiento de la obligación contraída en el convenio.

«Los límites» de los convenios vienen establecidos por diversas fuentes que restringen el libre juego de la autonomía de la voluntad de sus celebrantes. Si no son respetados, se puede llegar a causar la nulidad del acto jurídico en su totalidad o de algunas de sus estipulaciones.

3.1. Las normas legales imperativas

En ellas se incluyen las normas legales de ese carácter contenidas en la propia LGS o en cualquier otra ley, respecto de las cuales no cabe que la voluntad de las partes pacte en contrario. Se trata, por cierto, de las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, así como aquellas que la propia normativa societaria o de cualquier otra naturaleza sanciona con nulidad.

Las normas imperativas contenidas en la LGS que tienen o pueden tener relación con los asuntos que habitualmente son materia de los convenios son, entre otras, las siguientes:

a) El artículo 38 que declara la nulidad de los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios. Son igualmente nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si

previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias.

b) Los artículos 39, 40 y 230 que, salvo las excepciones previstas en ellos, establecen los principios fundamentales para toda y cualquier distribución de utilidades y de asignación de pérdidas entre los accionistas.

c) Los artículos 51 y 52 que se refieren a los principios configuradores de la sociedad anónima, a la necesaria suscripción de todas las acciones que representan el capital social así como al desembolso mínimo de su valor nominal, como condición esencial para la emisión de las acciones.

d) El artículo 83 que declara nula la creación de acciones que concedan el derecho a recibir un rendimiento sin que existan utilidades distribuibles.

e) El artículo 87 conforme al cual es nula la emisión de certificados de acciones y la enajenación de estas antes de la inscripción registral de la sociedad o del aumento de capital correspondiente, salvo que el estatuto lo permita y se hayan cumplido las demás reglas de ese artículo.

f) Los artículos 95 y 96 que señalan los derechos individuales de los accionistas con y sin derecho a voto, respectivamente.

g) Los artículos 98 y 99 referidos a la creación de acciones a ser mantenidas en cartera, sin sujetarse a las disposiciones allí establecidas.

h) Las normas del artículo 101 que no permiten que las cláusulas limitativas a la transferencia, gravamen o afectación de

acciones previstas en el estatuto puedan significar la prohibición absoluta de transferirlas, gravarlas o afectarlas;

i) Los artículos 104, 105 y 106 referidos a los negocios sobre las propias acciones, adquisición de acciones de propia emisión, control indirecto de acciones y préstamos con garantía de las propias acciones.

j) Las normas referidas a la debida convocatoria a la Junta General de Accionistas; las disposiciones sobre quórum y mayoría mínimos legalmente establecidos. La eliminación del principio de la mayoría, elemento sustancial de funcionamiento de los órganos sociales o, lo que es lo mismo, la instauración del principio de la unanimidad, aceptable en las sociedades personalistas pero no en las sociedades anónimas.

k) Las normas que consagran los derechos de las minorías accionarias.

l) El artículo 154 que consagra el principio de la libre revocabilidad de los directores.

m) El artículo 164 sobre el derecho de las minorías a designar sus representantes ante el Directorio.

n) Las normas sobre quórum y mayoría mínimos requeridos para las sesiones del Directorio.

o) El artículo 171 referido a las normas de conducta que deben observar los directores en el ejercicio del cargo y a su deber de reserva.

p) El artículo 172 sobre las funciones del Directorio que solo pueden ser limitadas por los asuntos que la ley o el estatuto reserven a la Junta General de Accionistas.

q) El régimen de responsabilidad personal, solidaria e ilimitada que corresponde a los directores y al gerente cuando actúen con dolo, negligencia grave o abuso de facultades.

r) El artículo 187 que declara nula la disposición del estatuto o el acuerdo de la junta general o del directorio que establezca la irrevocabilidad del cargo de gerente o que

imponga para su remoción una mayoría superior a la mayoría absoluta, así como el artículo 194 que sanciona con nulidad toda norma estatutaria o acuerdo de Junta General o del Directorio tendientes a absolver en forma antelada de responsabilidad al gerente.

s) Los artículos 198 y 199 referidos a los requisitos mínimos para modificar el estatuto social y a los acuerdos que impongan a los accionistas nuevas obligaciones de carácter pecuniario, distintas a la de su aporte.

t) El artículo 200 que declara nulo todo pacto que excluya el derecho de separación del accionista o que haga más gravoso su ejercicio.

u) El artículo 204 que impone el requisito previo de que la totalidad de las acciones suscritas, cualquiera sea la clase a la que pertenezcan, estén totalmente pagadas antes de acordar un aumento de capital por nuevos aportes o por la capitalización de créditos contra la sociedad.

v) La eliminación del principio de paridad de trato que la sociedad debe dispensar a todos sus accionistas en toda oportunidad, que el artículo 217 recoge en los casos de reducción del capital y cuya única excepción es la del acuerdo unánime de todos los accionistas y no solo de quienes asistan a la respectiva junta.

w) El artículo 219 que regula el derecho de oposición de los acreedores a todo acuerdo societario que reduzca el capital mediante la devolución de aportes a los accionistas.

x) Los artículos 229, 230 y 231 relativos a la reserva legal, a las reglas sobre

Julio Salas Sánchez

distribución de dividendos y al dividendo obligatorio mínimo anual.

3.2. Las cláusulas que obligan a la sociedad «en todo cuanto le sea concerniente»

Conviene tratar de delimitar el alcance de esta frase. El legislador ha querido ser rotundo, es decir, «completo, preciso y terminante» cuando precisa el ámbito de los convenios. Según el Diccionario, «le concierne» en tanto que le «atañe, afecta, interesa»⁽⁴⁴⁾. Entonces, ¿tiene que entenderse que, por el solo hecho de la debida comunicación, todo y cualquier convenio celebrado entre socios o entre estos y terceros, es válido y exigible a la sociedad, cualquiera que sea la estipulación que contenga? Es claro que no y que tienen que reconocerse límites a la autonomía de la voluntad de los celebrantes.

Si el convenio ha sido debidamente comunicado a la sociedad, no contraviene norma imperativa alguna ni las disposiciones del pacto social o del estatuto, queda un amplio espacio a considerar que puede ser materia del convenio, en tanto que tenga efectos «(...) en la estructura, operaciones, regulaciones o manejo de la sociedad»⁽⁴⁵⁾. Dicho de otra manera, el convenio puede abarcar todos los aspectos relacionados con las relaciones internas y externas de la sociedad, a quien «conciernen» las estipulaciones del convenio que se refieran, a modo de ejemplo, a:

a) Las operaciones y negocios lícitos y los actos coadyuvantes al mismo, que constituyen su objeto social⁽⁴⁶⁾. Para Elías «(...) 'negocios' son los rubros generales del fin social, mientras que 'operaciones' son aquellos actos que la doctrina considera complementarios o extensivos al objeto. Esto amplía indudablemente el objeto social, pues

forman parte de él no solo las actividades fundamentales de la sociedad sino también las operaciones que se autoricen a los administradores»⁽⁴⁷⁾.

b) La manera en que los accionistas han decidido regular sus relaciones con la sociedad. Esta referencia abarca todas las posibilidades convencionales señaladas en la doctrina, que es uniforme en señalar la infinita variedad que pueden tener los convenios y, por ello, la dificultad que entraña, siquiera, ensayar una clasificación. A pesar de ello, Gutiérrez Camacho⁽⁴⁸⁾, los clasifica en:

b.1. Sindicatos de voto, para votar en un mismo sentido sobre asuntos de interés de los sindicatos.

b.2. Sindicatos de bloqueo o de defensa, generados para establecer limitaciones o prohibiciones temporales a la libre transmisibilidad de las acciones.

b.3. Sindicatos financieros cuyo interés se centra en el valor patrimonial de las acciones «(...) se trata de una operación financiera que en el fondo persigue una rentabilidad con la adquisición o transferencia de los títulos». Señala la existencia de los siguientes subtipos: sindicato de emisión o colocación, de garantía, de resistencia.

(44) Para el Diccionario, el verbo «atañer» significa «incumbir, corresponder». A su vez, «afectar» significa «menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente» así como, en Derecho, «imponer gravamen u obligación sobre algo, sujetándolo el dueño a la efectividad de ajeno derecho». Finalmente, «interesar» es «hacer tomar parte o empeño a alguien en los negocios o intereses ajenos, como si fuesen propios».

(45) ELÍAS LAROZA, Enrique. *Op. cit.*; p. 39.

(46) «Artículo 11

La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto (...).

(47) ELÍAS LAROZA, Enrique. *Op. cit.*; p. 49.

(48) GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. *Op. cit.*; pp. 23 y 24.

A su vez, Serra Mallo⁽⁴⁹⁾, citado por Gutiérrez Camacho, clasifica los convenios (i) de acuerdo a su finalidad, en agresivos o de mando; defensivos, de bloqueo, de especulación o financieros; (ii) por sus componentes, en sindicato simple, si intervienen todos los accionistas o complejos, en los que participan terceros; (iii) por su duración, en temporales o indefinidos; (iv) por el ejercicio del derecho de voto, en compromiso personal, autorización expresa y concreta para cada junta y poder indefinido a un miembro del sindicato; y, (v) por la posesión de las acciones, en manos del propio sindicato o de un depositario, sindicado o no.

Renunciando a una clasificación, que siempre será insuficiente e incompleta, Elías señala: «(...) los convenios entre socios tienen una variedad y multiplicidad imposible de resumir. Por citar solamente algunos ejemplos, puede tratarse de pactos de limitación del derecho de transferir acciones, de formas obligatorias en que una mayoría se compromete a administrar y dirigir la sociedad, de sindicatos de voto o de bloqueo, de formas en que se realizarán futuros aumentos de capital, de las condiciones de los futuros aportes, del ingreso de nuevos socios, de la forma en que un grupo de socios no sufra la dilución de su porcentaje en el capital por futuros aportes, de derechos especiales que se otorgarán a nuevos socios, de prohibiciones temporales a la venta de acciones o a la cesión de los derechos de voto, de formas preestablecidas de amortización de acciones, de creación de acciones preferenciales, de cláusulas obligatorias de consentimiento, de reglas especiales de competencia con la sociedad y otros muchos. La variedad no se detiene allí. Por un lado, hay pactos entre socios que pueden afectar solamente a algunos de ellos y otros que pueden obligar a todos los socios de la sociedad. En segundo lugar, hay pactos de aplicación temporal y otros permanentes. En tercer lugar, hay pactos sujetos a toda

clase de condiciones, que pueden determinar inclusive que nunca se hagan efectivos. En cuarto lugar, cada convenio puede tener por objeto uno, dos, varios o muchos de los fines señalados en el párrafo anterior, en forma simultánea. A todo este universo de los convenios entre socios hay que añadir otro, también de infinita variedad: los pactos entre socios y terceros que en cualquier forma tengan efectos en la estructura, operaciones, regulaciones o manejo de la sociedad. No vale la pena señalar ejemplos de la multiplicidad de posibilidades que plantean estos convenios, en los mismos temas señalados anteriormente y en muchos más. La Ley les otorga la misma validez y exigibilidad»⁽⁵⁰⁾.

Señalado lo anterior, resulta evidente que cada Convenio, una vez comunicado a la sociedad, debe sujetarse al escrutinio de esta, como se analiza más ampliamente en el punto 5 de este trabajo, de manera que se concluya si el Convenio, en su integridad o parcialmente, concierne a la sociedad.

3.3. Las cláusulas que contravienen el pacto social o el estatuto

Un tercer límite deriva del segundo párrafo del artículo 8⁽⁵¹⁾. La LGS establece la prelación de esos instrumentos frente a las estipulaciones del Convenio, recogiendo las palabras de Garrigues referidas a los convenios de voto, como parasocietarios y por ello no oponibles a la sociedad⁽⁵²⁾: «En

(49) SERRA MALLOT, Antonio. *El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 177.

(50) ELÍAS LAROZA, Enrique. *Op. cit.*; p. 39.

(51) «Artículo 8 (...)

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».

(52) Recuérdese que la conferencia del profesor Garrigues, de la cual se extrae esta cita, analizaba únicamente los «sindicatos de voto».

Julio Salas Sánchez

el conflicto entre los estatutos (...) y el convenio de sindicación (...) deben prevalecer los estatutos sobre el pacto sindical»⁽⁵³⁾.

La prelación era necesaria en la medida que no es posible admitir la existencia de un ordenamiento paralelo al establecido por el pacto social y el estatuto. Si la característica del Convenio es la de ser accesorio al ordenamiento sustancial contenido tales instrumentos, no cabe que lo accesorio se sobreponga a lo principal, ni siquiera en el caso que el Convenio sea celebrado por todos los accionistas, supuesto en que lo apropiado es que los accionistas se reúnan en Junta General de Accionistas y decidan la respectiva modificación estatutaria.

3.4. Las cláusulas que contravienen los principios configuradores de la sociedad anónima

«Ante todo, hay que decir hoy por hoy que la realidad de la Anónima hace que el jurista se percate de que la regulación legal no deja de producir en más ocasiones de las deseadas indudable insatisfacción: ante dudas, perplejidades e inseguridad acerca de la validez y eficacia de estipulaciones, pactos y cláusulas societarias, no suele faltar el interrogante ¿y por qué no; por qué no se va a poder? (...) En resumen [debe considerarse] que ante todo y sobre todo: en el Derecho de sociedades está permitido en principio todo lo que no está prohibido (...)»⁽⁵⁴⁾.

Las características esenciales de la sociedad anónima, sus «principios configuradores», que le han conferido la versatilidad que todos reconocen, sociedad de capitales,

por acciones y de responsabilidad limitada, están claramente incorporados en el artículo 51 de la LGS⁽⁵⁵⁾ y ellas se han mantenido sin que hasta ahora se haya, siquiera, considerado la conveniencia o la necesidad de sustituirlas⁽⁵⁶⁾. Ello por cuanto no son, ni pueden ser, considerados como límites infranqueables «(...) diques o muros (...)» sino que deben ser «(...) cauces para la seguridad jurídica (...)»⁽⁵⁷⁾.

Y si bien esos principios configuradores son «incontrovertibles», cuando «(...) se quiere descender a cuestiones concretas, los problemas surgen en esta materia de inmediato»⁽⁵⁸⁾.

Garrido de Palma⁽⁵⁹⁾ señala algunos supuestos en que la autonomía de la voluntad ha modelado o configurado varios de los institutos que integran los principios configuradores, sin modificar su esencia, a las exigencias de los tiempos, demostrando con ello la señalada versatilidad de la sociedad anónima:

a) Dicho autor se refiere al establecimiento de «quórum de personas a la vez que de capitales» en el estatuto social para la válida constitución de la Junta General de Accionistas y pregunta si ello resultaría

(53) GARRIGUES, Joaquín. *Op. cit.*; p. 29.

(54) GARRIDO DE PALMA, Víctor. *Op. cit.*; p. 1875.

(55) «Artículo 51

En la sociedad anónima el capital está representado por acciones nominativas y se integra por aportes de los accionistas, quienes no responden personalmente de las deudas sociales. No se admite el aporte de servicios en la sociedad anónima».

(56) Fernando Sánchez Calero agrega como configuradores de la Sociedad Anónima los principios relativos a su «organización corporativa» y el carácter constitutivo de su inscripción en el Registro. En el Perú, Elías incluye el que denomina «mecanismo jurídico particular que permite que la propiedad y la gestión de la empresa se encuentren desligados». SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Principios de Derecho Mercantil*. 3era. edición. Madrid: Mc Graw Hill, 1998. p. 128. ELÍAS LAROZA, Enrique. *Op. cit.*; p. 133.

(57) GARRIDO DE PALMA, Víctor. *Op. cit.*; p. 1875.

(58) *Ibid.*; p. 1876.

(59) *Ibid.*; pp. 1876 y 1877.

atentatorio contra los principios configuradores. Resalta que, a falta de prohibición expresa, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado que la exigencia de un quórum constituido por las personas de los accionistas, a la par que de acciones, «(...) si bien están presididos por criterios capitalistas no proscriben la presencia de elementos personalistas las prestaciones accesorias y las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones más propias del *intuitu personae* de las sociedades personalistas»⁽⁶⁰⁾.

Este aspecto no ha sido considerado en la LGS. Antes bien, de las normas que regulan el quórum resulta reafirmado que este se computa, únicamente, a partir de las acciones que se presentan al momento de preparar la correspondiente lista de asistentes a la junta, antes de declarar, o no, su válida instalación.

b) Garrido de Palma señala la posibilidad de que las cláusulas estatutarias del derecho de adquisición preferente de acciones tengan como destinatarios «(...) no a la sociedad, o a todos o algunos socios (...) sino a quienes en ese momento sean miembros del Consejo de Administración (...)».

A este respecto, en la LGS no parece haber problema alguno en que los administradores sociales puedan acceder al derecho de adquirir las acciones en circulación que uno o

más accionistas deciden vender o de cualquier manera transferir. De modo generalizado, las limitaciones a la libre transferencia de las acciones son entendidas como una obligación del accionista que decida transferir sus acciones y, a la vez, como un derecho que corresponde a los demás accionistas. Estas estipulaciones resultan ser una condición de validez de la operación de transferencia, de manera que su incumplimiento no genera para la sociedad la obligación de reconocerlas ni, tampoco, de inscribirla en la Matrícula de Acciones, quedando a salvo, por cierto, las relaciones que pudieran existir entre adquirente y transferente.

Sin embargo, tal entendimiento (que los destinatarios son, exclusiva y excluyentemente, los accionistas) no encuentra pleno amparo en el artículo 101⁽⁶¹⁾, cuyo segundo párrafo, por la amplitud de su texto y porque no hay prohibición alguna, admite la posibilidad de que el destinatario del derecho de adquisición preferente sea un no accionista (un tercero) y, en el caso planteado por

(60) *Ibid.*; p. 1876.

(61) «Artículo 101

Las limitaciones a la transferencia, al gravamen o a la afectación de acciones no pueden significar la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar.

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.

Cuando así lo establezca el pacto social o el estatuto o lo convenga el titular de las acciones correspondientes, es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o de otra manera afectar acciones.

Igualmente es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones, adoptada mediante acuerdo de la junta general, en cuyo caso solo alcanza a las acciones de quienes han votado a favor del acuerdo, debiendo en el mismo acto separarse dichas acciones en una o más clases, sin que rijan en este caso los requisitos de la ley o del estatuto para la modificación del estatuto.

La prohibición debe ser por plazo determinado o determinable y no podrá exceder de diez años prorrogables antes del vencimiento por períodos no mayores. Los términos y condiciones de la prohibición temporal deben ser anotados en la matrícula de acciones y en los certificados, anotaciones en cuenta o en el documento que evidencie la titularidad de la respectiva acción».

Julio Salas Sánchez

Garrido de Palma, un administrador de la sociedad, cuando tal preferencia ha sido estipulada en un convenio de accionistas que, a mayor abundamiento, admite que los «terceros» sean parte del convenio. En este sentido, la posibilidad de que un administrador social sea el destinatario del derecho de adquisición preferente, encuentra sustento en el principio de la autonomía de la voluntad que la LGS recoge, respeta y obliga a su respeto por la sociedad.

Lo anterior genera tres situaciones que se analizan brevemente:

b.1. En el caso que el derecho de adquisición preferente haya sido establecido en el pacto social, es claro que tiene su origen en un acuerdo adoptado por la unanimidad de los socios fundadores.

b.2. Si el derecho a favor de uno o más de los administradores sociales o de cualquier tercero, está contenido en el estatuto, ese derecho solo puede ser el resultado de un previo acuerdo modificatorio del estatuto, adoptado por la Junta General de Accionistas con el quórum y la mayoría reforzados, señalados bien sea en el estatuto o en la LGS, supuesto en el cual el accionista disconforme tiene el derecho a separarse de la sociedad a estar por lo previsto en el inciso 3 del artículo 200⁽⁶²⁾.

En el supuesto que se analiza deberá aplicarse por analogía la obligación contenida en el cuarto párrafo del artículo 101 «separando dichas acciones en una o más clases», sin que rijan para esta creación de la clase especial de acciones, los requisitos de la ley o del estatuto para la modificación del estatuto. Esta disposición abre para el accionista disconforme la alternativa de no tener que hacer

uso de su derecho de separación sino, al contrario, de mantenerse en la sociedad, en la medida que el acuerdo de la Junta, por señalamiento legal expreso, «solo alcanza a las acciones de quienes han votado a favor del acuerdo».

b.3. Si, finalmente, el derecho de adquisición preferente ha sido establecido por un convenio entre accionistas o entre estos y terceros, la estipulación es válida y exigible a la sociedad, en tanto le haya sido comunicada. Para este supuesto, también resultará aplicable analógicamente el citado cuarto párrafo, debiendo la sociedad disponer la creación de una clase especial de acciones, sin necesidad de cumplir los requisitos de la ley o del estatuto para la modificación del estatuto. Obvio es indicar que si una cláusula «estatutaria» del derecho de adquisición preferente precede al Convenio, aquella prevalecerá sobre este.

c) Garrido de Palma inquiere sobre la posibilidad de reservar a la Junta General de Accionistas la facultad de cooptación conferida al Consejo de Administración de las sociedades anónimas españolas⁽⁶³⁾.

En nuestra LGS esta discusión queda cerrada cuando dicha facultad puede ser reservada «por el estatuto» a la competencia de la Junta General de Accionistas⁽⁶⁴⁾, el autor citado la pone en

(62) «Artículo 200

La adopción de los acuerdos que se indican a continuación, concede el derecho a separarse de la sociedad:

(...)

3. La creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes;

(...)).».

(63) «Artículo 138 de la Ley de Sociedades Anónimas de España de 1989

Si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes, el Consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera junta general».

(64) «Artículo 157

(...)

cuestión cuando se trata de las sociedades abiertas «(...) si la limitación es puramente subjetiva (...) en base a los principios que configuran el tipo social, hoy por hoy (...)».

Nuestra LGS no contiene norma limitativa alguna a este respecto ni parece haber razón sustancial alguna para que una norma como la citada, se incorpore a nuestro ordenamiento societario, señalándose la conveniencia de abrir el debate en el foro nacional, que deberá tener en cuenta las razones a favor y en contra de la respectiva posición.

d) El establecimiento de causales de disolución de la sociedad «(...) referidas a las personas de los socios o la denuncia de uno de ellos o de una determinada minoría (...)». Rojo Fernández-Río, citado por Garrido de Palma, pregunta si estas causales estatutarias, no obstante estar amparadas por la ley española⁽⁶⁷⁾, colisionan frontalmente con los principios configuradores.

El tema alude a la norma estatutaria que disponga la disolución de la sociedad por razones estrictamente

personales de uno o más de los accionistas según su voluntad contenida en un convenio, lo que resultaría contradictorio con el carácter capitalista de la anónima, pues sobrepondría los intereses puramente personales al interés social y al interés de los demás accionistas. Nuevamente, en este caso, aparece el principio de la autonomía de la voluntad que permitiría que la sociedad se disuelva por las causales señaladas, pero lo que está en discusión aquí es si tal voluntad, contenida en un convenio de accionistas, puede generar el efecto disolutivo que se pretende por la decisión de algunos accionistas.

Si así estuviere pactado en el estatuto social, nada podría objetarse, pues así está expresamente permitido en el inciso 9 del artículo 407⁽⁶⁸⁾, de manera que la voluntad de la ley, manifestada en un acuerdo de la

Si no hubiera directores suplentes y se produjese la vacancia de uno o más directores, el mismo directorio podrá elegir a los reemplazantes para completar su número por el período que aun resta al directorio, salvo disposición diversa del estatuto».

(65) «Artículo 257

En la sociedad anónima abierta para que la junta general adopte válidamente acuerdos relacionados con los asuntos mencionados en el artículo 126 es necesario cuando menos la concurrencia, en primera convocatoria, del cincuenta por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto.

En segunda convocatoria basta la concurrencia de al menos el veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto.

En caso no se logre este quórum en segunda convocatoria, la junta general se realiza en tercera convocatoria, bastando la concurrencia de cualquier número de acciones suscritas con derecho a voto (...).

Los acuerdos se adoptan, en cualquier caso, por la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en la junta.

El estatuto no puede exigir quórum ni mayoría más altas (...)».

(66) «Artículo 105 de la Ley de Sociedades Anónimas de España de 1989

1. Los estatutos podrán exigir respecto de todas las acciones, cualquiera que sea su clase o serie, la posesión de un número mínimo para asistir a la junta general, sin que, en ningún caso, el número exigido pueda ser superior al uno por mil del capital social.

2. También podrán fijar con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo.

Para el ejercicio del derecho de asistencia a las juntas y el de voto será lícita la agrupación de acciones».

(67) «Artículo 260 de la Ley de Sociedades Anónimas de España de 1989

La sociedad anónima se disolverá (...)

7. Por cualquier otra causa establecida en los estatutos».

(68) «Artículo 407

Julio Salas Sánchez

Junta General de Accionistas, se sobrepone a la de los accionistas. Pero, aun si se tiene en cuenta que el inciso citado admite que el convenio de accionistas establezca tales causales personales como generadoras de la disolución social, cabe preguntarse por la licitud de los mismos «cuando ellos no han sido celebrados por todos los accionistas»; más aun si estos convenios pudieran tener a los terceros como parte contractual.

La respuesta tendría que ser negativa, pues ni siquiera la voluntad de la mayoría social contenida en el convenio, pero no en el estatuto, puede obligar a los demás accionistas a aceptar la disolución de la sociedad.

El tema planteado por Garrido de Palma también comprende el aspecto relativo a la «exclusión de accionistas» por decisión de la sociedad, ocasionando respecto de ellos la disolución parcial de la sociedad. En el Perú, la jurisprudencia registral⁽⁶⁹⁾ ha ido variando su posición hacia la aceptación de cláusulas estatutarias que admitan la exclusión de accionistas, por razones referidas a su persona o a su conducta.

a) Una primera resolución señaló que «en las sociedades anónimas, en tanto sociedades de capitales y no de personas, no rige la figura jurídica de la exclusión de socios, no siendo válida la cláusula que la establece»⁽⁷⁰⁾.

b) Posteriormente, se resolvió que «la exclusión de accionistas en la sociedad anónima se encuentra restringida en atención a que la persona del socio y su conducta no tienen la relevancia que llega a tener en otras formas societarias por la fungibilidad de las acciones que incorporan el estatus de socio»⁽⁷¹⁾.

c) Otra resolución declaró que «los pactos de exclusión de accionistas por motivos distintos a la mora en el pago del aporte se encuentran expresamente regulados para el caso de la sociedad anónima cerrada y la sociedad comercial de responsabilidad limitada, debido a su carácter de sociedades de personas. Sin embargo, a pesar de que la Ley General de Sociedades no regula dicho pacto en otros tipos de societarios, consideramos que nada impide que esté recogido en el estatuto de una sociedad anónima ordinaria. No solo porque no existe prohibición expresa en ese sentido, sino debido a que los accionistas tienen la libertad de establecer las reglas que según sus intereses organicen mejor la sociedad siempre que no contravengan normas legales imperativas»⁽⁷²⁾.

d) Finalmente, luego de asumir la validez de la estipulación, el Tribunal se pronunció sobre la reducción del capital que la exclusión genera: «por la exclusión de socios nace la obligación a la sociedad de devolver las aportaciones efectuadas por estos y, no la distribución a prorrata de las acciones de dichos socios excluidos a favor de los demás, por lo tanto, lleva añadida la consiguiente reducción del capital social»⁽⁷³⁾.

El sentido de la jurisprudencia registral señalada deja abierta la peligrosa, en grado

La sociedad se disuelve por las siguientes causas:

(...)

9. Cualquier otra causa establecida en la ley o prevista en el pacto social, en el estatuto o en convenio de los socios registrado ante la sociedad».

(69) No se conoce pronunciamiento alguno del Fuero Judicial, salvo en los casos en que la exclusión del accionista se origina en la falta de pago de los aportes al capital social a que se obligó.

(70) Resolución 333-97 ORLC/TR de 26 de agosto de 1997.

(71) Resolución 112-2000-ORLC/TR de 25 de abril de 2000.

(72) Resolución 104-2001-ORLC/TR de 8 de marzo 2001.

(73) Resolución 040-2004-SUNARP-TR de 4 de marzo de 2005.

extremo, posibilidad de mediatizar la intervención de los accionistas en los asuntos sociales pues el ejercicio regular de su derecho a intervenir en ellos, quedará expuesto siempre al riesgo de ser excluido, por razones personales completamente ajenas a su voluntad de ser accionista de una sociedad de capitales, en la que el elemento personal, por más intenso que llegue a ser, no llegará a tener una importancia mayor que la que corresponde al elemento capitalista.

Visto desde la óptica de los demás accionistas que decidan deshacerse de un accionista no deseado, tendrán la posibilidad de hacerlo, con el inexplicable respaldo de una norma estatutaria, inclusive abusando de su derecho sustentado en razones exclusivamente personales.

La decisión de la última de las resoluciones citadas de no aplicar a los casos de exclusión de un accionista el principio de tratamiento paritario que la LGS incorpora con carácter imperativo⁽⁷⁴⁾, con la única excepción del acuerdo unánime de todos los accionistas, y no solo de los asistentes a la respectiva Junta, tiene múltiples consecuencias, ninguna con amparo legal, que afectan no solo al excluido pues se afecta (por vía de la voluntad subjetiva de los accionistas que votaron a favor del acuerdo de exclusión) abusivamente su derecho elemental de propiedad, sino también a los ausentes y a la minoría de accionistas disconformes con la exclusión, quienes verán reducido el patrimonio de la sociedad en la que participan; también a la sociedad, por la misma razón. Puede, incluso, prestarse al fraude respecto de la sociedad y de sus accionistas, si la «reducción» del capital y consecuente devolución del aporte resulta ser el fruto de una concertación previa que asigna un mayor valor que el que realmente tienen las acciones⁽⁷⁵⁾.

Estas cláusulas de exclusión⁽⁷⁶⁾ no deben ser admitidas al momento de la constitución ni en cualquier otra oportunidad posterior, pues son abiertamente violatorias de una de las características esenciales y configuradoras de la anónima, la de ser una sociedad de capitales. Ninguna de tales cláusulas podrá establecer causales de exclusión de manera objetiva sino siempre subjetiva y, siéndolo, su apreciación y aplicación será del mismo orden. El principio de la autonomía de la voluntad no puede extenderse hasta el extremo de admitir la simple posibilidad de un abuso de un supuesto derecho.

La jurisprudencia registral ha sido, finalmente, superada y tiene innegable prelación, por el Tribunal Constitucional, en sentencia de fecha posterior⁽⁷⁷⁾ a las resoluciones del Tribunal Registral mencionadas. El Tribunal Constitucional ha puesto punto final a la discusión de si deben ser admitidas las cláusulas de exclusión de accionistas de una sociedad anónima (distinta de la anónima cerrada y, obviamente, de la anónima abierta). La sentencia expedida en una acción constitucional de amparo, ha declarado nulo el acuerdo de expulsión del demandante adoptado por una Junta General de Accionistas.

(74) «Artículo 217 (...)

La reducción debe afectar a todos los accionistas a prorrata de su participación en el capital sin modificar su porcentaje accionario o por sorteo que se debe aplicar por igual a todos los accionistas. Cuando se acuerde una afectación distinta, ella debe ser decidida por unanimidad de las acciones suscritas con derecho a voto».

(75) El artículo 104 antes citado podría ser mal utilizado, devolviendo al excluido no solo el importe de su participación en el capital sino entregándole parte importante del patrimonio neto social.

(76) Obviamente distintas al derecho de separación consagrado por el artículo 200 en la que es el accionista quien, por propia voluntad, se autoexcluye de la sociedad, a diferencia de las cláusulas «de exclusión», en las que nada importa la voluntad del accionista, sino la decisión de los demás accionistas.

(77) Sentencia de la Primera Sala del Tribunal Constitucional en el Expediente 3004-2004-AA/TC de 6 de diciembre de 2004.

Julio Salas Sánchez

De los varios derechos constitucionales alegados por el demandante⁽⁷⁸⁾ «el Tribunal Constitucional considera que el derecho directamente comprometido con la exclusión del recurrente en su condición de accionista de una sociedad anónima es, esencialmente, el derecho de propiedad». Para el Tribunal «(...) es claro que en la sociedad anónima, a diferencia de lo que sucede en otras sociedades, la condición de miembro de la Junta General de Accionistas se obtiene en mérito de la titularidad que se pueda tener sobre una acción, y no en base a la condición personal de su poseedor». Considera también que «(...) el acto cuestionado lesiona el referido derecho de propiedad, pues priva al recurrente de ejercer con plenitud las potestades que este le confiere a su titular»; que no puede aplicarse al caso de una sociedad ordinaria el artículo 248⁽⁷⁹⁾ pues este es «(...) de aplicación exclusiva para el caso de las sociedades anónimas cerradas (...)» y, finalmente, recuerda que en la sentencia 0976-2001-AA/TC «(...) este Tribunal ha recordado que los derechos fundamentales tienen también eficacia horizontal en las relaciones 'inter privados', de modo que en sus relaciones, reguladas por el derecho privado, su validez depende de que se guarde un escrupuloso respeto de estos».

Garrido de Palma, para quien los principios configuradores de la sociedad anónima son «incontrovertibles» se pregunta si los señalados en el artículo 10 de la ley española⁽⁸⁰⁾ deben ser los mismos cuando se trata de las sociedades anónimas abiertas, pues las estructuras internas de ambas

modalidades de la sociedad anónima no son las mismas. El citado artículo 10, sostiene «(...) ha eludido el fondo de la cuestión: hacer una regulación acabada de la institución en su esencia configuradora, evitando así dudas e incertidumbres, en aras de una seguridad jurídica mínima imprescindible. ¿Impotencia para hacerla ante la figura de la Anónima, la múltiple realidad empresarial a contemplar y la polivalencia pretendida de aquélla para con esta?»⁽⁸¹⁾.

Los principios configuradores de la anónima siguen siendo los mismos, cualquiera sea la modalidad que la anónima adopte: sociedad de capitales, por acciones y de responsabilidad limitada. Nuestra LGS los acoge puntualmente en el artículo 51⁽⁸²⁾ y, sin variar su esencia, acepta las variaciones de los varios institutos que cada uno de ellos contiene, incluyendo la inserción de cláusulas de corte personalista. Ellos no han variado, lo que no significa que no hayan evolucionado las diversas instituciones y modalidades que los integran pero, debe reiterarse, sin variar ni desdibujar su esencia misma.

(78) Además de la violación de su derecho de propiedad sobre las acciones, el demandante solicitó amparo del Tribunal por la violación a sus derechos constitucionales «a la libertad de asociarse, a la libertad de empresa, al debido proceso y a la legítima defensa».

(79) «Artículo 248

El pacto social o el estatuto de la sociedad anónima cerrada puede establecer causales de exclusión de accionistas. Para la exclusión es necesario el acuerdo de la junta general adoptado con el quórum y la mayoría que establezca el estatuto. A falta de norma estatutaria rige lo dispuesto en los artículos 126 y 127 de esta ley.

El acuerdo de exclusión es susceptible de impugnación conforme a las normas que rigen para la impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas».

(80) «Artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas de España de 1989

En la escritura se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima».

(81) GARRIDO DE PALMA, Víctor. *Op. cit.*; p. 1877.

(82) «Artículo 51

En la sociedad anónima el capital está representado por acciones nominativas y se integra por aportes de los accionistas, quienes no responden personalmente de las deudas sociales. No se admite el aporte de servicios en la sociedad anónima».

En este sentido, el mayor o menor énfasis en cláusulas que resultan típicas de la forma de las sociedades personalistas en el estatuto de una sociedad anónima no alteran su esencia. El tiempo y la práctica, en la que tiene importancia sustancial el principio de la autonomía de la voluntad, han modelado paulatinamente esas modalidades e instituciones societarias, las que, en otra muestra de la versatilidad de la anónima, sin mella de su esencia, resultan siendo adoptadas por la doctrina jurídica y las legislaciones.

En cuanto a las sociedades anónimas abiertas tampoco han variado los principios configuradores. Ejemplo claro, pero no único, es el artículo 254 antes citado⁽⁸³⁾ que la sociedad anónima abierta no reconoce las cláusulas limitativas a la libre transferencia de acciones que hayan sido establecidas en el pacto social o en el estatuto o que provengan de los convenios de accionistas. Es una reafirmación de la característica básica de la acción que emite la anónima: su libre transferencia.

Volviendo al tema central, los convenios entre accionistas o entre estos y terceros no pueden variar ni contradecir los principios configuradores de la sociedad anónima, como no podrían establecer que la sociedad carezca de capital social, que este no esté representado por acciones o que los accionistas tengan que responder por las deudas sociales. Con la inclusión del artículo 51, el legislador nacional ha expresado con toda claridad su voluntad de recoger los principios fundamentales de la sociedad anónima, en la normativa societaria. No se refiere a ellos tal como lo hace la ley española («ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima»), pero es claro que los incorpora. La falta de esa expresión no puede entenderse como que el legislador haya querido superar su existencia u observancia en la sociedad anónima normal, abierta o cerrada y, en todo caso, carece de toda relevancia que, al contrario, en las demás formas societarias se haya referido expresamente a sus respectivas esencias⁽⁸⁴⁾.

4. La oponibilidad de los convenios del artículo 8

4.1. En la doctrina

La doctrina ha sido consistente en rechazar la oponibilidad y exigibilidad «frente a la sociedad» de los convenios parasocietarios debido, principalmente, a que no es admisible la existencia de un ordenamiento jurídico (conocido o no por la sociedad) paralelo y eventualmente contradictorio al consagrado por el pacto social y por el estatuto (instrumentos públicos por naturaleza).

En referencia a los sindicatos de voto, Garrigues señala: «(...) los pactos de sindicación (...) no pertenecen al Derecho Corporativo de las sociedades anónimas, están al margen de él, aunque tenga el concepto de pactos parasocietarios»⁽⁸⁵⁾. En el mismo sentido, Aurelio Menéndez recuerda: «Es más, la doctrina estima que el principio general que debe respetarse más rigurosamente, en todo caso, es precisamente aquel por virtud del cual se establece que la violación de las obligaciones derivadas del pacto de sindicación [de voto] debe ser absolutamente irrelevante para la sociedad»⁽⁸⁶⁾. Para Vicent: «Otro punto en que existe unanimidad es en la caracterización de los pactos de sindicación como 'pactos extrasociales o parasocietarios' en la expresión que acuñara Oppo en Italia, válidos y vinculantes exclusivamente entre los accionistas que los suscriben, inoponibles frente a la

(83) Véase al respecto los comentarios hechos respecto de este tema y la oponibilidad de los convenios en la sociedad anónima abierta.

(84) Véase al respecto la parte final de cada uno de los siguientes artículos: 277, 280, 294 y 303, en todos los cuales, con igual texto, admiten la existencia de pactos «(...) siempre que no colisionen con los aspectos sustantivos de esta forma societaria».

(85) GARRIGUES, Joaquín. *Op. cit.*; p. 27.

(86) MENÉNDEZ, Aurelio. *Op. cit.*; p. 365.

Julio Salas Sánchez

sociedad; que, sin embargo, toman como presupuesto la existencia de esta y en tal sentido son accesorios»⁽⁸⁷⁾.

En cuanto a los convenios parasocietarios de contenido más amplio que los de voto, Garrido de Palma agrega: «(...) los acuerdos en cuestión tienen la eficacia propia de los contratos y los límites intrínsecos y extrínsecos propios de los mismos: son oponibles 'erga omnes', salvo a la sociedad (...)»⁽⁸⁸⁾. Molina Sandoval opina que «(...) si se ha admitido la calificación de 'parasocietarios', deben aceptarse las consecuencias que tal adjetivo apareja: la de ser [la sociedad] 'ajena' al pacto de sindicación. Es correcto que los accionistas sindicados han tenido en cuenta principalmente el funcionamiento y la redacción de las cláusulas estatutarias de la sociedad, pero ello no alcanza para 'oponerle' este contrato, que le es extrínseco y ajeno, aunque no indiferente»⁽⁸⁹⁾.

Molina Sandoval cita a Juan Carlos Palmero quien sostiene «el pacto parasocial en cuanto formalmente autónomo del contrato social se sustrae a la disciplina jurídica societaria, por lo que considerando solo este aspecto, su licitud estaría determinada exclusivamente por el régimen de los contratos en general, constituyendo así, un simple contrato 'extra-social'. En cambio, el ser parasocial significa no solo 'distinción', sino también 'conexión' con el contrato social, conexión económica esta, que constituye el elemento objetivo que permitirá valorar la tutelabilidad jurídica de la 'intención' de las partes (verdadero fundamento de la combinación social - parasocial) y su compatibilidad con las normas imperativas 'típicas' que tutelan el interés de la sociedad»⁽⁹⁰⁾. Para Molina, ese convenio de accionistas «(...) es un acto contractual parasocial, que si bien es ajeno al contrato social, es accesorio al mismo y está ligado por una fuerte 'conexidad'»⁽⁹¹⁾.

Por lo anterior, que se asume conceptualmente válido para nuestro ordenamiento legal vigente (aun cuando la ley argentina no incluya el criterio de vinculación de la sociedad al Convenio), puede afirmarse que el criterio de «conexidad» ha sido acogido por la LGS y lo toma para declarar la licitud, oponibilidad y exigibilidad de los Convenios.

En la doctrina nacional, Daniel Abramovich sostiene que con el artículo 8 «nuestra legislación se aparta radicalmente de este principio de efectividad restringida de los convenios entre accionistas⁽⁹²⁾ aplicable en nuestro país con anterioridad a la vigencia de nuestra nueva ley, disponiendo (...) la exigibilidad y validez de este tipo de convenios frente a la sociedad»⁽⁹³⁾.

Igualmente, Elías señala que «(...) 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, con una sola condición: que le sean debidamente comunicados»⁽⁹⁴⁾.

Ciertamente el espacio en el que pueden desenvolverse los convenios entre accionistas es muy amplio, pues «incluye todos los convenios que puedan celebrarse entre socios y todos los que se acuerden entre socios y terceros, siempre

(87) VICENT CHULIÁ, Francisco. *Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto*. En: *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en Homenaje a José Girón Tena*. Madrid: Civitas, 1991. p. 1210.

(88) GARRIDO DE PALMA, Víctor. *Op. cit.*; p. 1874.

(89) MOLINA SANDOVAL, Carlos A. *Op. cit.*; p. 125.

(90) *Ibid.*; p. 228.

(91) *Ibid.*

(92) Referencia hecha a que los convenios de accionistas solo tienen fuerza vinculante entre los socios que los celebran y no frente a tercero alguno, incluyendo a la propia sociedad.

(93) ABRAMOVICH ACKERMAN, Daniel. *Una aproximación práctica a los convenios de accionistas en la sociedad anónima*. En: *ius et veritas*. Año X. Número 20. pp. 153 y 154.

(94) ELÍAS LAROZA, Enrique. *Op. cit.*; p. 41.

y cuando y en todo aquello que tenga relación con la sociedad o que la obligue a observar cualquier tipo de procedimiento, prevención, exigibilidad o cualquier otra forma o acto que de ella se requiera para que los convenios se cumplan»⁽⁹⁵⁾.

4.2. En el artículo 8: El principio «res inter alias acta (...)»

El reconocimiento de la licitud y, por tanto, validez de los Convenios por el artículo 8 así como de su oponibilidad y exigibilidad a la sociedad, en tanto cumplan las condiciones de validez, obliga a analizar diversas situaciones, para determinar si quedan restringidos a quienes los suscribieron y a la sociedad, o si existen terceros que, eventualmente, pueden resultar obligados por el Convenio a cumplir alguna de sus estipulaciones o, en todo caso, a respetarlas.

A este respecto, si se tiene en cuenta el artículo 1363 del Código Civil⁽⁹⁶⁾ se llegará a la conclusión que, como regla general, ningún tercero puede resultar obligado por las estipulaciones del Convenio. Sin embargo, esa regla tiene la excepción consagrada por el artículo 8 que se analiza y que, en nuestra legislación, deja sin sustento el argumento consistentemente esgrimido para fundamentar la tesis de que los Convenios no resultan oponibles a la sociedad ni a otros terceros, pues le son irrelevantes.

La doctrina viene cuestionando la señalada regla general de que el contrato solo tiene efectos entre las partes. Analizando la categoría jurídica del «contrato a favor de tercero», Enrico Moscati señala «si nadie duda del valor del dogma de la relatividad de los efectos del contrato, a nivel de principio general, entonces cómo se explica el hecho que se encuentre siempre en discusión su efectiva permanencia en cada uno de los ordenamientos jurídicos. En efecto, las hipótesis en las cuales un contrato puede asumir relevancia, directa o indirecta, frente a terceros, ya sea justificando una responsabilidad extracontractual de una de las partes o, por otro lado, constituyendo un

instrumento de protección -sea en vía de acción o de excepción- esta vez en favor de los mismos terceros en desmedro de las partes, son ya tan numerosas en la experiencia de los derechos codificados y de los países del Common Law que induce a preguntarnos si no se impone ya la derogación del principio de relatividad de los efectos del contrato, el cual habría permanecido en los diversos ordenamientos más por la fuerza de la tradición que por su efectivo alcance práctico». En este contexto, para ese autor «(...) resulta evidente que el contrato es un fenómeno jurídico polivalente, relevante no necesariamente solo entre las partes, sino potencialmente expansivo frente a terceros ajenos» y agrega a modo de conclusión que «la referencia al contrato a favor de tercero es casi de tránsito obligatorio puesto que el reconocimiento de la validez de dicha categoría en el Derecho Contractual de algunos ordenamientos ha constituido, en ciertos ordenamientos europeos de derecho codificado, el ‘caballito de Troya’ utilizado para abrir una brecha en las murallas del principio de relatividad de los efectos contractuales, cuyas fortificaciones han sido ya superadas, luego de soportar una presión a instancias del sistema de responsabilidad civil, en base a las necesidades que no se encontraba en posibilidad de satisfacer»⁽⁹⁷⁾.

El *res inter alios acta, aliis neque prodesse neque nocere potest* resulta así superado en nuestro país, por la normativa societaria y, puntualmente, por el artículo 8 bajo análisis. El Convenio «es válido frente a la

(95) *Ibid.*; p. 38.

(96) «Artículo 1363 del Código Civil

Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a estos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles».

(97) MOSCATI, Enrico. *Los remedios contractuales a favor de terceros*. En: *ius et veritas*. Año XVII. Número 34. pp. 52, 54 y 55.

Julio Salas Sánchez

sociedad y le es exigible», establece la LGS, con arreglo a los requisitos que ella señala. Y, respecto de los terceros, también. Basta cumplir con los requisitos de validez y que sean debidamente comunicados a la sociedad para que produzcan el efecto vinculante respecto de la sociedad.

Si a lo anterior se agrega que la Matrícula de Acciones tiene la calidad jurídica que le ha reconocido la Corte Suprema en la sentencia de casación antes referida, queda también claro que la anotación del Convenio en ese libro y en los certificados de acciones, luego de la debida comunicación, genera efectos frente a cualquier tercero, sin excepción o, en todo caso, con las excepciones que se indican. Ello no obstante, se hace necesario analizar algunos supuestos especiales.

a) Una primera cuestión, cuya conclusión es obvia, es la relativa a las personas que, no habiendo suscrito inicialmente el acuerdo, deciden adherirse a él. El Convenio, por su naturaleza, es de carácter «abierto»⁽⁹⁸⁾, de manera que no existe impedimento para la adhesión por el accionista que no lo firmó o por quien adquirió tal condición cuando el Convenio ya estaba en vigencia; si se tratara de un «tercero» que así conviene con los accionistas suscriptores, la conclusión es la misma. No obstante, la respectiva manifestación unilateral no será aun suficiente pues será necesario que las demás partes del Convenio acepten su incorporación al sindicato. Solo así podrá entenderse cerrado el círculo contractual correspondiente, naturalmente cumpliendo con las condiciones de validez correspondientes a tal adhesión y a las normas del artículo 8.

b) La situación del adquirente de acciones sindicadas debe merecer también la atención. Cualquier duda sobre si el adquirente queda obligado o no a sujetarse a las estipulaciones del Convenio queda despejada si, como ya es una práctica usual en el país, este exige, como condición

de validez de la transferencia misma, que en cualquier transferencia de acciones el eventual transferente informe al también eventual adquirente de la existencia del Convenio que lo vincula y que, además, requiera de este la adhesión al mismo. Por lo demás, el eventual adquirente debe cumplir con la mínima diligencia de informarse sobre la situación jurídica de los bienes que adquiere, verificando en la Matrícula de Acciones de la sociedad emisora todos los aspectos relativos a ellos.

En el supuesto que el Convenio no contenga la condición limitante y se produjera la transferencia de las acciones, pero el Convenio estuviera inscrito en la Matrícula de Acciones de la sociedad emisora, el adquirente quedará sujeto a sus estipulaciones por la razón de la mínima diligencia a su cargo antes referida.

Obviamente, si ni es informado por quien le transfirió las acciones ni el Convenio aparece inscrito en la Matrícula, el adquirente no tendrá obligación alguna derivada del Convenio frente a quienes celebraron el Convenio ni, claro, frente a la sociedad.

c) Tratándose de los herederos de una cualquiera de las partes, deben tenerse en cuenta los artículos 735 y 1363 del Código Civil conforme a los cuales aquéllos asumen no solo la totalidad de los bienes y derechos de la herencia sino también las obligaciones⁽⁹⁹⁾.

(98) GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. *Op. cit.*; p. 17; y MOLINA SANDOVAL, Carlos A. *Op. cit.*; p. 122.

(99) «Artículo 735 del Código Civil

La institución de heredero es a título universal y comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia o una cuota parte de ellos. La institución de legatario es a título particular y se limita a determinados bienes, salvo lo dispuesto en el artículo 756 (...).

«Artículo 1363 del Código Civil

Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a estos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles».

Molina Sandoval⁽¹⁰⁰⁾ aborda las posiciones doctrinarias conforme a las cuales el Convenio es oponible a los herederos, salvo (i) que se trate de obligaciones inherentes a la persona, (ii) que exista una prohibición expresa legal o una «cláusula» o que, finalmente, (iii) la intransmisibilidad se «(...) origine en la naturaleza misma de la obligación».

Sobre lo primero señala que las limitaciones referidas «(...) a las obligaciones inherentes a la persona, como regla, no es aplicable a la especie (...) [pues] siendo perfectamente concebible la transmisión de la 'posición contractual' sin consecuencias en las obligaciones de las partes, no puede limitarse su transmisión a título universal», agregando que «cuando se trata de un pacto *intuitu personae* (...) ahí -solo ahí- surgirá el condicionante. Si nada se pactó, se presume la transmisibilidad a los herederos»⁽¹⁰¹⁾.

En cuanto a la «prohibición legal expresa», ante la inexistencia de norma legal, que haga inoponible a los herederos a título universal, el Convenio resulta oponible. Y, respecto de la «prohibición expresa de una cláusula» recuerda que, en uso de la autonomía de la voluntad, las partes pueden incluir una cláusula que establezca que el Convenio y sus efectos «(...) no pueden extenderse a sus sucesores a título universal»⁽¹⁰²⁾ y, en palabras de Molina, «si nada se pactó, se presume la transmisibilidad a los herederos».

Finalmente, Molina concuerda en que producen efectos frente a los herederos universales las estipulaciones del Convenio que contengan el «(...) pacto de no incorporación

de los herederos del causante y concomitante obligación de los sindicatarios supérstite de votar favorablemente los acuerdos necesarios para liquidar la parte del *de cuius* (...)»⁽¹⁰³⁾.

En nuestra legislación⁽¹⁰⁴⁾, el heredero «forzoso», que asume esa calidad jurídica a título universal⁽¹⁰⁵⁾, asume tanto la propiedad de las acciones transmitidas *mortis causa* como las obligaciones que tal propiedad conlleva y, en este sentido, como quiera que el Convenio genera derechos y de obligaciones para su causante, el heredero queda obligado a cumplirlas en toda su extensión.

¿Puede llegarse a la misma conclusión cuando se trata del heredero legal, del voluntario o del legatario? Sin duda que sí. El artículo 660 del mismo Código se refiere, en general, a los sucesores, concepto que incluye tanto a los herederos como a los legatarios. Por tanto, la regla es aplicable al concepto de heredero, sea legal o testamentario; forzoso (o sea, legitimario) o voluntario. Si al legatario se le han legado ciertas acciones o posiciones jurídicas singulares o particulares, ocupa la situación jurídica que tenía el causante, salvo las excepciones previstas en ese artículo⁽¹⁰⁶⁾.

(100) MOLINA SANDOVAL, Carlos A. *Op. cit.*; p. 123.

(101) *Ibid.*

(102) *Ibid.*

(103) *Ibid.*

(104) El autor reconoce y agradece el valioso aporte en este tema de su amigo y socio, doctor Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena.

(105) Téngase en cuenta que el heredero forzoso no siempre lo es a título universal; puede serlo a título particular, conforme al artículo 852 del Código Civil; es decir, cuando el testador asigna al heredero (aunque sea forzoso) que la legítima que le toque se concrete en bienes determinados que pueden llevar anejas obligaciones.

(106) «Artículo 661 del Código Civil

El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia solo hasta donde alcancen los bienes de esta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial».

«Artículo 662 del Código Civil

Pierde el beneficio otorgado en el artículo 661 el heredero que:

Julio Salas Sánchez

En definitiva, quien suceda al causante le sucede en activos y pasivos (sea a título universal como heredero, salvo la excepción de la partición antelada, caso en que hereda a título particular ese bien concreto, sea como legatario). Conforme al Código Civil, mientras que la institución de «heredero» es a título universal, la del «legatario» lo es a título particular⁽¹⁰⁷⁾. En este contexto, el heredero legal o el voluntario al asumir «a título universal» la parte de la herencia que le corresponda, deberán cumplir las afectaciones impuestas por los Convenios sobre las acciones transferidas por el fallecimiento del causante. Igual conclusión se aplica al supuesto del legatario, aun cuando la transmisión de bienes a su favor se haya producido «a título particular». En todos estos casos, es aplicable el artículo 741 del mismo Código que establece una regla que se aplica a todos los que reciben la herencia: la transmisión incluye también a las obligaciones, «salvo disposición expresa del testador»⁽¹⁰⁸⁾.

d) Surge otro aspecto que requiere análisis cuando la sociedad cuyas acciones han sido materia del Convenio, participa en operaciones de reorganización societaria como la fusión o escisión, en las que tendrán especial relevancia los términos y condiciones en que tales operaciones se realizan. La transparencia con la que deben actuar los administradores de las sociedades participantes, obliga a

revelar la existencia del Convenio durante las negociaciones que se lleven a cabo, en forma previa a la reorganización societaria, cualquiera sea su modalidad. La permanencia o no del Convenio después de la entrada en vigencia de la operación, deberá ser finalmente decidida tanto por quienes los celebraron como por los accionistas de las demás sociedades participantes.

e) Conviene detenerse en el análisis de la situación que corresponde al usufructuario de acciones, desde dos ángulos: (i) si adquiere esa condición «antes» de celebrarse por el nudo propietario el Convenio conforme al artículo 8; y, (ii) si lo hace «después» de celebrado el Convenio.

Es necesario recordar que los artículos 107 y 108⁽¹⁰⁹⁾ reconocen la autonomía de la voluntad de las partes; en su defecto, se aplicarán las normas imperativas que ellos contienen, sin perjuicio de la respectiva concordancia con las del Código Civil⁽¹¹⁰⁾; para su debida oponibilidad y exigibilidad,

1. Oculta dolosamente bienes hereditarios.

2. Simula deudas o dispone de los bienes dejados por el causante, en perjuicio de los derechos de los acreedores de la sucesión».

(107) Artículo 735 del Código Civil.

(108) «Artículo 741

Los herederos voluntarios y legatarios sustitutos quedan sujetos a las mismas condiciones y cargos que el instituido, a menos que el testador disponga otra cosa, o que las condiciones y cargos impuestos sean por su naturaleza inherentes a la persona del instituido».

(109) «Artículo 107

En el usufructo de acciones, salvo pacto en contrario, corresponden al propietario los derechos de accionista y al usufructuario el derecho a los dividendos en dinero o en especie acordados por la sociedad durante el plazo del usufructo.

Puede pactarse que también correspondan al usufructuario los dividendos pagados en acciones de propia emisión que toquen al propietario durante el plazo del usufructo».

«Artículo 108

En el usufructo de acciones no pagadas totalmente el propietario es el obligado al pago de los dividendos pasivos, salvo pacto en contrario.

Si el propietario no hubiere cumplido con su obligación dentro del plazo fijado para realizar el pago, el usufructuario podrá hacerlo dentro de los cinco días siguientes sin perjuicio de repetir contra el propietario».

(110) «Artículo 999 del Código Civil

el usufructo debe ser anotado en la Matrícula de Acciones. En este contexto, (i) las estipulaciones posteriores de un Convenio que contravengan las del acto constitutivo del usufructo no serán oponibles al usufructuario. A la inversa, (ii) las normas del usufructo que contravengan las del Convenio comunicado a la sociedad no serán oponibles «inter partes» ni frente a la sociedad emisora dejando, por cierto, a salvo las acciones legales que pudieran corresponder al usufructuario.

f) La reciente Ley 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria⁽¹¹¹⁾, ha derogado, entre otras, «(...) las disposiciones legales y reglamentarias referentes a la prenda de acciones (...)», dejando por tanto sin efecto el artículo 109 de la LGS⁽¹¹²⁾; deroga asimismo las demás disposiciones que se le opongan.

El análisis⁽¹¹³⁾ de la nueva Ley permite concluir que los artículos 8 y 55-b no se oponen a la Ley de la Garantía Mobiliaria, por lo siguiente:

a) La nueva Ley no regula sobre la forma ni el contenido de los Convenios. Debido a que estos pueden también referirse a otros múltiples aspectos de la relación entre los socios y la sociedad, sin que lo hagan exclusivamente a las acciones

o a la garantía mobiliaria que se constituya sobre ella, respecto de estos temas la LGS mantiene su plena vigencia.

b) Tampoco dispone que la inscripción de la garantía mobiliaria en el Registro Público Mobiliario de Contratos que se crea, resulte ser constitutiva del derecho que emana de tales pactos, puesto que ella misma establece⁽¹¹⁴⁾ que la garantía se constituye por razón del acto jurídico unilateral o plurilateral otorgado al efecto. La inscripción en el Registro Público correspondiente solo tiene por objeto hacerla oponible a terceros⁽¹¹⁵⁾.

c) La inscripción en el Registro Mobiliario de Contratos de otros actos jurídicos⁽¹¹⁶⁾, como la «afectación» de acciones, bienes muebles por expresa disposición del Código Civil, no modifica en nada su oponibilidad y exigibilidad frente a la sociedad, por el hecho de la comunicación a ella, con el cumplimiento de las respectivas condiciones de validez y su

El usufructo confiere las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno. Pueden excluirse del usufructo determinados provechos y utilidades (...).

«Artículo 761 del Código Civil

Si el bien legado estuviere sujeto a usufructo, uso o habitación en favor de tercera persona, el legatario respetará estos derechos hasta que se extingan».

(111) Publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 1 de marzo de 2006, vigente desde el 30 de mayo del mismo año.

(112) «Artículo 109

En la prenda de acciones los derechos de accionista corresponden al propietario.

El acreedor prendario está obligado a facilitar el ejercicio de sus derechos al accionista. Son de cargo de este los gastos correspondientes.

Si el propietario incumple la obligación de pagar los dividendos pasivos, el acreedor prendario puede cumplir esta obligación, repitiendo contra el propietario, o proceder a la realización de la prenda, reconociéndose la preferencia que para el cobro de los dividendos pasivos tiene la sociedad.

Lo establecido en este artículo admite pacto en contrario».

(113) El autor reconoce y agradece el valioso aporte en este tema de su amigo y socio, doctor Gino Sangalli Ratti.

(114) Artículo 17, primer párrafo, de la nueva Ley.

(115) «Para que la garantía mobiliaria sea oponible frente a terceros debe estar inscrita en el Registro correspondiente» (segundo párrafo del artículo 17).

(116) Literal i, numeral 3, artículo 32 de la Ley de la Garantía Mobiliaria.

Julio Salas Sánchez

ulterior inscripción en la Matrícula de Acciones, máxime si la norma reglamentaria respectiva⁽¹¹⁷⁾ exige que, para la inscripción en el Registro Público de las «afectaciones» de muebles como las acciones, se cumpla solamente con «acreditar» el hecho formal de la debida comunicación a la sociedad, a que se refiere el artículo 8.

d) Otro supuesto es el relativo a las normas de la Ley del Mercado de Valores referidas a las sociedades anónimas abiertas cuyos valores mobiliarios están listados en Bolsa, de las que se deriva una situación de excepción al artículo 8.

El artículo 25⁽¹¹⁸⁾ de la LGS se manifiesta precisamente como una excepción en cuanto sanciona con invalidez los pactos entre accionistas que incluyan las cláusulas limitativas que taxativamente se indican en la norma citada. Son inoponibles a la sociedad, aun en el caso que hubiesen sido comunicados e inscritos ante ella⁽¹¹⁹⁾.

En la presentación del Proyecto de LGS al Congreso de la República, Enrique Normand señaló lo siguiente: «Se ha establecido, contrariamente a lo que se regula para la sociedad anónima cerrada, que no puede establecerse ninguna limitación a la trasmisibilidad de las acciones, ni ningún derecho de preferencia entre los accionistas. La sociedad anónima abierta es una sociedad que está orientada, pensada, para transarse en el mercado bursátil, para transarse abiertamente; y en consecuencia, sus

acciones no pueden tener ninguna carga o peculiaridad que les impida o dificulte entrar en este tráfico de manera eficiente, rápida, dinámica y segura».

Elías señala sobre este particular que «las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones, permitida por el artículo 101, no son aplicables a la sociedad anónima abierta, pues su naturaleza repugna al principio de negociabilidad de las acciones en este tipo de sociedades, el cual es una garantía de la movilidad de la inversión»⁽¹²⁰⁾. En este mismo sentido, para Pickmann Dianderas «(...) las acciones que emiten las sociedades que califiquen como abiertas no deben ser susceptibles de sujeción a pactos que limiten su libre transmisibilidad y deben cotizarse en mercados públicos secundarios, es decir, en las bolsas de valores, con el objeto de que su transmisibilidad sea absoluta». Agrega que «en las sociedades anónimas abiertas, la negociabilidad de las acciones constituye el atributo máspreciado, y por lo tanto el accionista nunca podrá ser prisionero de sus títulos»⁽¹²¹⁾.

(117) «Artículo 61

En el formulario sobre garantía mobiliaria sobre acciones deberá indicarse que el accionista constituyente del derecho ha comunicado a la sociedad la constitución de la garantía».

(118) «Artículo 254

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 referencias antes referidas, aun cuando se notifiquen e inscriban en la sociedad.

Lo previsto en este artículo no es de aplicación a las clases de acciones no inscritas de conformidad con lo previsto en el artículo 252".

(119) Véase en el mismo sentido el tercer párrafo del artículo 3 de la Ley del Mercado de Valores: «Cualquier limitación a la libre transmisibilidad de los valores mobiliarios contenida en el estatuto o en el contrato de emisión respectivo, carece de efectos jurídicos».

(120) ELÍAS LAROZA, Enrique. *Op. cit.*; p. 546.

(121) PICKMANN DIANDERAS, Fernando. *La Sociedad Anónima Abierta en la Legislación Nacional*. En: *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2003. pp. 930-932.

La ineficacia legalmente establecida del Convenio frente a la sociedad no supone ineficacia entre sus contratantes pues no existe norma que prohíba convenir sobre los actos previstos en los tres incisos del citado artículo 254, incluyendo la posibilidad de inscribir los gravámenes o cargas derivadas de los mismos que restrinjan, limiten u otorguen derechos de preferencia respecto de los cuales se afecte la libre transmisibilidad de las acciones, a fin de otorgarles la correspondiente publicidad y consecuente oponibilidad ante terceros, tal como establece el artículo 217 de la Ley del Mercado de Valores⁽¹²²⁾ para las acciones representadas mediante anotaciones en cuenta. Pero, teniendo en cuenta el mandato expreso de la LGS, tales pactos «no serán reconocidos por la sociedad anónima abierta», aunque quedará expedito el derecho del contratante afectado a iniciar las acciones legales que correspondan, por el incumplimiento contractual de su contraparte. En el caso puntual del inciso 3 del artículo 254 antes transcrito, es claro que, tratándose de acciones transferidas en cualquiera de los mecanismos centralizados de negociación establecidos por la Ley del Mercado de Valores, el afectado no podrá accionar contra el adquirente de las acciones, en aplicación de los artículos 45, principio de reserva de identidad bursátil, y 115, principio de irrevindicabilidad de las acciones negociadas en esos mecanismos.

Consecuentemente, salvo por lo señalado en la parte final del párrafo anterior, el artículo 254 es una excepción a la oponibilidad establecida por el artículo 8.

5. Su exigibilidad: el «cómo evitar» el incumplimiento de las estipulaciones del Convenio

5.1. Cuestiones generales

El adjetivo «exigibilidad» habría sido utilizado casi como una consecuencia inevitable de la tesis conforme a la cual el convenio societario no era oponible a ningún tercero,

incluyendo la propia sociedad; si no era oponible, tampoco resultaba exigible. Establecida legalmente su oponibilidad, corresponde ahora analizar la «exigibilidad» de los Convenios, es decir, cómo lograr que quien se obligó a actuar de una determinada manera en el Convenio cumpla, real y efectivamente, con la obligación asumida. Dicho de otra manera, cómo evitar el incumplimiento para que los contratantes afectados no estén obligados a recurrir a la vía legal correspondiente para obtener reparación indemnizatoria por el incumplimiento de una de las partes lo que, por cierto, está fuera de la intención del artículo 8.

En un acercamiento gramatical al tema, la consulta al Diccionario⁽¹²³⁾ remite, en cuanto a lo «exigible», a aquello «que puede o debe exigirse» y, por el verbo «exigir», a «pedir imperiosamente algo a lo que se tiene derecho».

Entonces, si el artículo 8 dispone que los Convenios son «válidos ante la sociedad», es decir, le son oponibles y, además, «le son exigibles», debe entenderse que la norma abarca ambos conceptos: el de la oponibilidad «frente a esta» y el de la exigibilidad «a esta». Es obligado entonces separar lo oponible de lo exigible. Sobre lo primero se han hecho algunos apuntes en las líneas anteriores.

5.2. El contenido de la exigibilidad: El presupuesto previo

Respecto de la expresión «exigibilidad», Elías señala que ella consistiría en aquello

(122) «Artículo 217

La constitución del derecho de usufructo, de gravámenes y de embargo, de gravámenes y de embargo sobre valores representados por anotaciones en cuenta debe inscribirse en la correspondiente cuenta.

La inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título. La constitución del gravamen es oponible a terceros desde que tiene lugar su inscripción».

(123) Diccionario de la Lengua Española.

Julio Salas Sánchez

«(...) que la obligue a observar cualquier tipo de procedimiento, custodia, prevención, exigibilidad o cualquier otra forma o acto que de ella se requiera para que los convenios se cumplan».

Para Abramovich la exigibilidad «(...) significa que ante la correcta comunicación a la sociedad del convenio, esta debe adoptar una posición activa que garantice su cumplimiento (...) Sin embargo, este es tal vez, en nuestra opinión, el punto más débil de la LGS con respecto a la regulación de los convenios de accionistas o entre estos y terceros»⁽¹²⁴⁾.

Para Molina Sandoval «admitir que el contrato de sindicación es 'oponible' a la sociedad implica asumir que las funciones del directorio se amplían en este sentido; es decir que el directorio debe velar por la recta aplicación de las cláusulas para la ejecución de los convenios (...) Y, en consecuencia, el órgano administrador sería responsable de obviar las pautas parasocietarias, ya que ello, y acorde con sus 'nuevas' funciones constituye un incumplimiento con sus deberes»⁽¹²⁵⁾.

Si se parte de considerar que los Convenios, con los límites señalados, contienen la manifestación de la libre voluntad de las partes; que se pretende con ellos que la obligación de su cumplimiento no solo recaiga en quienes lo suscribieron sino, además, en la sociedad, tiene que considerarse un presupuesto previo que atañe, directamente a quienes celebraron el Convenio: sus estipulaciones, consecuencias y remedios deben haber quedado clara, precisa y completamente expuestas en su texto. En particular, aquellas que conciernen a la sociedad deben contener, además, el señalamiento de la, como señala Abramovich, «posición activa que garantice su cumplimiento» por la sociedad, posición activa que implica el «tipo de procedimiento, custodia, prevención, exigibilidad o cualquier otra forma o acto que de ella se requiera para que los convenios se cumplan», a que se refiere Elías. 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 8 podrá ser cabalmente cumplida por esta en resguardo de los intereses de los celebrantes del Convenio.

La falta de regulación de la LGS sobre este particular aspecto no es una «debilidad» de la Ley como se ha señalado sino, al contrario, un reforzamiento del principio de la autonomía de la voluntad. Precisamente la falta de regulación significa que la intención del legislador ha sido la de abrir por completo, salvo los límites ineludibles antes señalados, la posibilidad de que las partes hagan uso de su libre voluntad. Por esa razón, las partes están obligadas (sin que sea necesario que la LGS se los recuerde) a que su Convenio sea claro, preciso y completo en todo cuanto persigan, más aun si los obligados a cumplir sus estipulaciones no son solo ellos sino la sociedad quien a su vez deberá exigir su cumplimiento a terceros.

5.3. ¿Cuál es el órgano social al que corresponde ese análisis? Y, ¿cuál el modo de su cumplimiento?

Debe coincidir con la opinión de Molina Sandoval en el sentido que, a partir de la debida comunicación, el Directorio asume «nuevas» funciones que quedan enmarcadas en sus facultades de administración previstas en el artículo 172⁽¹²⁶⁾; en cuanto le corresponda, el gerente general es responsable del «cumplimiento de la ley, el estatuto y los acuerdos de la

(124) ABRAMOVICH ACKERMAN, Daniel. *Op. cit.*; p. 156.

(125) MOLINA SANDOVAL, Carlos A. *Op. cit.*; p. 129.

(126) «Artículo 172

El directorio tiene las facultades de gestión y de representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la junta general».

Junta General y del Directorio»⁽¹²⁷⁾. Si, como se ha señalado, el Convenio se integra a, y forma parte de, las normas internas de la sociedad, es claro que a la administración social, encargada por la LGS al Directorio y a la Gerencia General⁽¹²⁸⁾.

Para que «la sociedad» asuma las obligaciones que le respectan conforme al Convenio, después de la constatación de la «debida comunicación» (hecho jurídico sustancial susceptible de generar obligación para la sociedad, que corresponde al gerente general) el mismo deberá ser puesto en inmediato conocimiento del Directorio y será este órgano el que efectúe el análisis y evaluación correspondientes, para determinar si se han cumplido las condiciones de validez así como la posibilidad de cumplir y hacer cumplir el Convenio, contando para ello con toda la información disponible y el asesoramiento profesional que se estime necesario en las circunstancias. De no procederse de esta manera ¿cómo podría la sociedad cumplir sus obligaciones si no lo evalúa de manera completa y responsable, tanto en su intención manifiesta, en su contenido, en sus efectos y en las eventuales responsabilidades que devendrían para ella? Hasta en las obligaciones más sencillas, quien se obliga debe proceder de esta manera. Pero no es solo una obligación; es, a la vez, un derecho pues si, por mandato legal, la sociedad asume el deber de cumplir y hacer cumplir las estipulaciones que le conciernan, es claro que, actuando con la debida diligencia, debe conocer con precisión las obligaciones que le alcanzan, máxime si, de su incumplimiento derivan responsabilidades o afectaciones para la sociedad, para los accionistas, terceros y para los miembros de los órganos de administración.

De la evaluación diligente podría resultar tanto su admisión, y la consecuente decisión de anotarlo en la Matrícula de Acciones, como eventuales observaciones o requerimientos de precisiones o aclaraciones que se consideren necesarias las que, transmitidas a los celebrantes, deben ser puntual y debidamente contestadas. Nada impide que de lo anterior resulte un eventual rechazo de la sociedad al

Convenio pues, razonablemente, ni el mandato legal de oponibilidad y exigibilidad, ni la autonomía de la voluntad de los celebrantes, pueden entenderse como aplicables sin más.

Respecto del «modo de cumplimiento» del Convenio, debe insistirse en que este es también un tema central que debe encontrarse expresamente previsto en el mismo. En cualquier contrato, y el Convenio es uno de ellos, las partes establecen el modo en que cada una de ellas cumplirá las obligaciones que le respectan; si no lo hacen, se aplicará la norma legal correspondiente; finalmente, a falta de norma o en oscuridad de esta, resolverá el juez o el árbitro. Esto último es, precisamente, lo que el artículo 8 quiere evitar y, para ello, los celebrantes deben cuidar, con la máxima diligencia posible, que su texto permita llegar sin tropiezo alguno a la finalidad deseada por la ley y por el Convenio.

El enunciado anterior tiene, en el caso del Convenio una situación particular, la existencia de un tercero, la sociedad, quien no ha intervenido en su génesis no obstante lo cual, por mandato legal, podrá serle exigido que asegure el cumplimiento de la finalidad contractual. Más allá de la responsabilidad en la que ella puede incurrir por no hacerlo, cabe abordar el tema del modo de cumplimiento analizando el contenido de la expresión «cualquier tipo de procedimiento, custodia, prevención, exigibilidad o cualquier otra forma o acto que de ella se requiera para que los convenios se cumplan» a que se ha referido Enrique Elías.

(127) Inciso 9, artículo 190.

(128) «Artículo 152

La administración de la sociedad está a cargo del directorio y de uno o más gerentes, salvo por lo dispuesto en el artículo 247". El referido artículo se refiere a las sociedades anónimas cerradas que carecen de Directorio.

Julio Salas Sánchez

Para ello, se pueden identificar dos oportunidades en las que la sociedad debe adoptar la «posición activa» a que se refiere Abramovich, expresión desarrollada por Elías: fuera de la Junta General de Accionistas y dentro de ella.

a) Fuera de la Junta, a pesar de su infinita variedad, pueden identificarse, entre otras, las relativas a los Convenios sobre:

a.1. El reparto de utilidades de una forma distinta a la de la prorrata de participación accionaria. Aun cuando el artículo 39⁽¹²⁹⁾ reserva para el pacto social o el estatuto la señalada posibilidad, tratándose de un derecho de naturaleza económica que, por esencia, puede ser libremente negociado, el Convenio puede estipular que los dividendos que correspondan a los accionistas sindicados se distribuirán en «proporciones o formas distintas» a la prorrata.

a.2. Las limitaciones a la libre transmisibilidad de acciones, a su gravamen o afectación de acciones referidas en el artículo 101, que incluyen el derecho de adquisición preferente entre los accionistas sindicados y la prohibición temporal de transferirlas, gravarlas o afectarlas.

a.3. Las estipulaciones conocidas como *buy or sell*, *tag along*, *drag along*, *buy out* y similares.

a.4. Los términos, condiciones y plazos en que se efectuarán posteriores aumentos de capital, inclusive los que evitan que, frente a un aumento, un accionista resulte diluido respecto de los demás sindicados.

a.5. Las facilidades financieras que los accionistas deben prestar a la sociedad o contribuir a que ella los obtiene.

a.6. Los que aseguran, frente a otros accionistas o terceros, que el grupo de control se mantendrá como tal en la sociedad.

a.7. Los sindicatos financieros⁽¹³⁰⁾, comprendiendo los de emisión y colocación de acciones; los de garantía de colocación de acciones, *debentures*, bonos y otros valores mobiliarios; los de resistencia para mantener el valor de cotización de esos títulos.

a.8. Los sindicatos de administración que, al decir de Gutiérrez Camacho, «(...) fijan los lineamientos que no colisionan con el interés social (...) referidos a (a) la elección del presidente del Directorio; (b) el nombramiento de funcionarios de la sociedad; (c) la aprobación de la transferencia de acciones u otras participaciones»⁽¹³¹⁾.

En estos supuestos, la sociedad tendrá que limitarse a efectuar la anotación correspondiente en la Matrícula de Acciones así como, dentro de sus propias capacidades y limitaciones, a actuar en la forma en que haya sido prevista en el Convenio. Es claro que en varios de esos casos, la sociedad carecerá de capacidad coercitiva para requerir y exigir a los sindicatos el cumplimiento de su respectiva obligación, a menos que el Convenio contenga cláusulas penales que sean de posible ejecución para la sociedad, como la imposición de cargas o gravámenes sobre las acciones de propiedad del sindicato que incumple, las cláusulas de *buy or sell*, etcétera. Se lograría esa capacidad coercitiva si se utiliza la figura de las «acciones con obligaciones adicionales a la del aporte» incorporada en los artículos 86 y 102⁽¹³²⁾.

(129) «Artículo 39

La distribución de beneficios a los socios se realiza en proporción a sus aportes al capital. Sin embargo, el pacto social o el estatuto pueden fijar otras proporciones o formas distintas de distribución de los beneficios (...).

(130) Véase para mayor detalle a GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. *Op. cit.*; p. 24.

(131) *Ibid.*; p. 35.

(132) «Artículo 86

Frente a estos supuestos, la sociedad deberá actuar adoptando «cualquier tipo de procedimiento, custodia, prevención, exigibilidad o cualquier otra forma o acto que de ella se requiera para que los convenios se cumplan» señalados por Elías. Sin perjuicio de lo anterior, sigue siendo imperativo reiterar que el Convenio debe ser lo suficientemente claro y preciso en cuanto a lo que se quiere lograr, de manera que la sociedad pueda ajustar su accionar en concordancia con esa finalidad.

b) Es al interior de la Junta y puntualmente en cuanto al ejercicio del derecho de voto, cuando se presentan las situaciones de mayor dificultad jurídica. La doctrina sobre los sindicatos de voto ha sido consistente en objetar por insuficientes las modalidades convenidas⁽¹³³⁾ para lograr su cumplimiento: la emisión por el accionista del voto positivo o negativo, según corresponda, respecto de determinados temas de la agenda de la junta. No corresponde ahora volver sobre ese particular, visto que el artículo 8 deja clara, aun sin mencionarla puntualmente, la obligación de la sociedad de tomar todas las decisiones y ejecutar todas las acciones para que los Convenios se cumplan ¿Cuál es entonces el

modo de cumplir los Convenios por la sociedad, en la Junta General de Accionistas?

La Junta General de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad⁽¹³⁴⁾. La sociedad entera se «materializa», si cabe la expresión, en la Junta y, luego del correspondiente proceso formativo, expresa la voluntad social⁽¹³⁵⁾. Ese proceso formativo requiere un orden, plasmado a su vez en el conjunto de normas legales y estatutarias que regulan su realización. Elemento indispensable de ese orden es la presidencia de la Junta que, salvo disposición diversa del estatuto, corresponde al presidente del Directorio, al vicepresidente si lo hubiera, así como el gerente general quien actúa como secretario; a falta de ellos, quienes sean designados como tales por la Junta⁽¹³⁶⁾. En suma, en la Junta la sociedad está

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

«Artículo 102

Salvo que el pacto social, el estatuto o el convenio con terceros establezcan lo contrario, la transmisión de acciones cuya titularidad lleve aparejada el cumplimiento de obligaciones para con la sociedad, otros accionistas o terceros, deberá contar, según corresponda, con la aceptación de la sociedad, de los accionistas o terceros a favor de quienes se haya pactado la obligación. Tal aceptación no será necesaria cuando el obligado garantice solidariamente su cumplimiento, si la naturaleza de la obligación lo permite».

(133) Tales como el otorgamiento de poderes irrevocables a directores o síndicos, la constitución de prenda (hoy garantía mobiliaria) sobre las acciones en garantía del cumplimiento del convenio; la transferencia de las acciones a un fiduciario.

(134) «Artículo 111

La junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia. Todos los accionistas, incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la junta general».

(135) Debida convocatoria, quórum, deliberación sobre los temas de la agenda y adopción de los acuerdos con la mayoría requerida.

(136) «Artículo 129

Salvo disposición diversa del estatuto, la junta general es presidida por el presidente del directorio. El gerente general de la sociedad actúa como secretario. En ausencia o impedimento de estos, desempeñan tales funciones aquellos de los concurrentes que la propia junta designe».

Julio Salas Sánchez

representada por tales personas. Recae entonces en ellas la obligación de disponer lo conveniente para que el órgano supremo pueda instalarse, deliberar y decidir válidamente, todo ello dentro del marco de la LGS, del pacto social y del estatuto social.

A ese marco cabe agregar el Convenio que, una vez comunicado a la sociedad, evaluado por la instancia respectiva y aceptado y anotado en la Matrícula, se integra y forma parte del orden interno de la sociedad y, subordinado a la LGS, al pacto social y al estatuto, debe ser cumplido y hecho cumplir por la sociedad. En la Junta, la sociedad está representada por el presidente quien, a su vez, deberá contar, y cuenta aunque la LGS no lo señale de modo preciso y completo, con la autoridad suficiente para aplicar las normas del orden interno de la sociedad, utilizando para ello la mayor diligencia posible y la imparcialidad que las circunstancias exijan. No actuar de la manera señalada significará generar una responsabilidad para la sociedad frente a los sindicatos, sin perjuicio de incurrir en responsabilidad personal, solidaria e ilimitada frente a la sociedad si es que el incumplimiento se origina en dolo, abuso de facultades o negligencia grave⁽¹³⁷⁾; o frente a los sindicatos conforme al artículo 181⁽¹³⁸⁾.

Esas responsabilidades se generan cuando el presidente de la Junta es un director de la sociedad o el gerente general, puesto que las normas señaladas las imputan a quienes tienen dichas calidades. No se generan, en cambio, en el caso que el presidente de la Junta hubiere sido designado por la propia asamblea, en defecto del presidente del Directorio o del vicepresidente si lo hubiera, sin tener la calidad de director o gerente. Por su naturaleza sancionatoria,

las normas citadas no pueden extenderse a estos supuestos, pues su aplicación queda limitada a los supuestos de hecho y de derecho que ellas mismas establecen.

Lo anterior ¿acaso significa que el presidente de la Junta deberá requerir al accionista sindicado que emita su voto de la manera en que aparece obligado por el Convenio que suscribió? La respuesta es, definitivamente, positiva. No solo requerirlo para ello sino, más todavía, computar su voto en el sentido que el Convenio establece. A este respecto, no deja de llamar a reflexión la disyuntiva en la que se encontrará el Presidente:

b.1. Si, frente al voto discordante con el Convenio, dispone que el voto sea computado conforme al Convenio, el accionista votante podrá señalar que ha sido privado ilegítimamente de su voto e impugnar el acuerdo de la Junta⁽¹³⁹⁾, sin perjuicio de iniciar contra el presidente la pretensión individual de responsabilidad a que se refiere el artículo 182 antes citado. 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.

(137) «Artículo 177

Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave (...).

(138) «Artículo 182

No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las pretensiones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de los directores que lesionen directamente los intereses de aquellos. No se considera lesión directa la que se refiere a daños causados a la sociedad, aunque ello entrañe como consecuencia daño al accionista».

(139) «Artículo 140

La impugnación prevista en el primer párrafo del artículo anterior puede ser interpuesta por los accionistas que en la junta general hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, por los accionistas ausentes y por los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto (...).

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 consiguiente pretensión social de responsabilidad⁽¹⁴⁰⁾, en el supuesto que se haya causado daño a la sociedad.

Como se observa, el tema no es pacífico ni parece tener una clara solución a la vista aunque, siguiendo el sentido de estas líneas, debería concluirse que el presidente tiene la autoridad suficiente para optar por la primera alternativa, computando el voto discordante de la manera como ha sido previsto en el Convenio. Primero, porque como se ha recordado, el Convenio es parte del ordenamiento interno de la sociedad y debe ser cumplido; segundo, porque el votante que incumple no puede refugiarse en argumento alguno relativo a la primacía de la voluntad del voto que expresa en la reunión, pues ello supone una contradicción evidente con la obligación que él mismo, previa y libremente, asumió en el Convenio. De allí la extrema importancia de contar con un Convenio completo, claro y preciso que, en el caso señalado y en cualquier otro que se requiera tomar una «posición activa» que garantice el cumplimiento del Convenio, prevea en lo posible el modo de actuar de la sociedad evitando que el accionista incumplidor se ampare en cualquier argumento que signifique que actúa contra su propia voluntad contenida en las estipulaciones del Convenio.

Se ha señalado, y debe reiterarse, que el presidente de la Junta debe actuar con imparcialidad en la aplicación de las normas del Convenio. La imparcialidad del presidente es un tema que puede suscitar algunos problemas, dado que él puede ser uno de los partícipes del Convenio o deber su elección a uno de quienes lo son, de manera que le resulte difícil o imposible mantener la imparcialidad necesaria, supuesto en el cual debería abstenerse de resolver, como le compete, el asunto relativo a la aplicación del Convenio. Ningún argumento es oponible a esta norma de conducta

pues, además de estar en juego los intereses de los sindicatos, están los de la propia sociedad que, como se ha indicado, asume responsabilidad por no aplicar en debida forma los términos del Convenio. A este respecto, puede considerarse como solución la nominación, aunque ello no sea práctica habitual, de un vicepresidente de la Junta nombramiento que no entra en conflicto con ninguna de las normas de la LGS.

Para reforzar lo anterior y terminar con esta parte del trabajo, visto que las legislaciones en general y la nuestra en particular no señalan las funciones que corresponden al presidente de la Junta, debe recurrirse a la doctrina. Aun cuando, salvo por los Convenios Societarios que integran el estatuto, la ley española no reconoce la oponibilidad ni exigibilidad de los Convenios de Accionistas (los convenios parasocietarios), los juristas españoles Uría, Menéndez y Muñoz Planas señalan que⁽¹⁴¹⁾ también corresponde al presidente de la Junta «(...) resolver las dudas que puedan suscitarse respecto a la aplicación de los estatutos (...) De tales funciones (...) conviene destacar por su trascendencia las que tienen por objeto cuidar de la regular celebración de la Junta y las que integran el ejercicio del poder disciplinario (...) Por lo demás, en el ejercicio de sus funciones el presidente no actúa por delegación de la junta, sino en virtud de una potestad originaria; en otro caso, al quedar subordinado a la voluntad de la mayoría se desnaturalizaría su cometido específico»⁽¹⁴²⁾.

(140) Artículo 180.

(141) Además de las facultades referidas a la lista de asistentes, a la declaración de instalación de la junta luego de comprobado el quórum, a la decisión sobre los accionistas impedidos de asistir a la asamblea o de votar en ella, así como de dirigir y ordenar el desarrollo de los debates, entre otras funciones.

(142) URÍA GONZALEZ, Rodrigo y otros. *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*. Tomo V. Madrid: Civitas, 1992. pp. 227 y 228.

Julio Salas Sánchez

6. La Convenios Societarios del artículo 55, inciso b, su oponibilidad y exigibilidad⁽¹⁴³⁾

Los Convenios Societarios están incorporados en el artículo 55 inciso b que regula el contenido obligatorio del estatuto social; este, a su vez, integra el pacto social. Por ello, constan en escritura pública y se inscriben en el Registro Público de Personas Jurídicas. De lo anterior se deriva su plena oponibilidad y exigibilidad *erga omnes*, incluyendo por cierto a la sociedad.

Comparando los convenios que la ley española llama «pactos reservados», no oponibles a la sociedad (los parasocietarios) con los Convenios Societarios, Garrido de Palma señala: «En todo caso [los pactos reservados] no pueden ni deben confundirse (...) con el contrato social, con sus pactos y condiciones, ni con los estatutos: los pactos reservados entre socios carecen de eficacia y no son oponibles a la sociedad (...) mientras que los pactos lícitos y condiciones especiales que los socios fundadores incluyan en la escritura de fundación son precisamente todo lo contrario y a ellos hay que referirse al estudiar los artículos 10⁽¹⁴⁴⁾ y 12.3⁽¹⁴⁵⁾ que los contemplan en las Leyes de Anónimas y de responsabilidad limitada, respectivamente, así como hay que deslindar el supuesto de la figura de las

prestaciones accesorias y de las ventajas en favor de fundadores (o promotores, en la sociedad anónima)»⁽¹⁴⁶⁾.

Ahora bien, la norma exige que su contenido quede limitado a las obligaciones que se establezcan «entre si [entre los accionistas] y para con la sociedad», a lo que habría agregar la limitación del artículo 3 del Reglamento, cuyo análisis y comentario se ha hecho en líneas anteriores, esto es, «(...) siempre que no versen sobre las acciones y no tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas»⁽¹⁴⁷⁾.

A diferencia de los Convenios del artículo 8, los Convenios Societarios no incluyen a los terceros; su régimen legal queda circunscrito a los accionistas, sin que pueda intervenir un tercero como parte. El ámbito del Convenio Societario es aquel «que los obligue entre sí y para con la sociedad». La conjunción copulativa «y» permite entender que se trata de convenios bilaterales en los que una parte son los accionistas y, necesariamente, la otra la sociedad.

(143) «Adicionalmente, el estatuto puede contener:

(...)

b) Los convenios societarios entre accionistas que los obliguen entre sí y para con la sociedad.

Los convenios a que se refiere el literal b) anterior que se celebren, modifiquen o terminen luego de haberse otorgado la escritura pública en que conste el estatuto, se inscriben en el Registro sin necesidad de modificar el estatuto».

(144) «Artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas de España

En la escritura se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima».

(145) «Artículo 12 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de España

(...)

12.3. En la escritura se podrán incluir todos los pactos y condiciones que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contravengan los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada».

(146) GARRIDO DE PALMA, Víctor. *Op. cit.*; p. 1872.

(147) «Artículo 3

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 cuanto al contenido de los Convenios Societarios, quedan descartados los que se celebren entre los socios y la sociedad «que versen sobre las acciones y que tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas»; para ellos, la LGS contiene la modalidad prevista en el artículo 8.

La norma parece referirse a los Convenios celebrados por todos los accionistas o por uno o más accionistas o por todos. Esta parte contractual, voluntariamente, ha decidido establecer una relación jurídica obligacional y no societaria, pues el Convenio «no versa sobre las acciones ni tiene por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas», pero que, no obstante, los obliga «para con la sociedad». Si versara sobre esas materias, el Registro no inscribirá el título correspondiente, con lo cual el Convenio no tendrá la fe y la publicidad registrales que conlleva la inscripción.

La figura de «las prestaciones accesorias» reconocida por la LGS⁽¹⁴⁸⁾ se presentaría, con alguna similitud, a las obligaciones estipuladas en el Convenio del artículo 55-b, pues «muchas veces los fines societarios requieren la prestación de esta clase de servicios [personales] por parte de los socios. Para cubrir esta necesidad, el artículo 75 de la LGS regula las prestaciones accesorias, distintas de los aportes, a las que pueden obligarse los accionistas. Ello puede ser en favor de la sociedad, de otros accionistas o de terceros»⁽¹⁴⁹⁾. En cambio, las obligaciones que surjan del Convenio celebrado al amparo del artículo 55-b no tienen la

calidad de obligación personal que caracteriza a las prestaciones accesorias, las que se establecen como una obligación complementaria a la del aporte⁽¹⁵⁰⁾ «de bienes o derechos susceptibles de valoración económica», conforme al artículo 74⁽¹⁵¹⁾ y, como ocurre con suma frecuencia, se establecen con ocasión de la constitución social o del aumento de capital por nuevos aportes que realizan terceros no accionistas. En otras palabras, como quiera que el aporte tiene que consistir en bienes o derechos susceptibles de valoración económica; que en la sociedad anónima no se admite el aporte de servicios al capital social, la figura de las prestaciones accesorias se presenta como una opción complementaria al aporte en la que los accionistas prestan o se obligan a prestar todo aquello que no sea susceptible de tal valorización.

Desde otro ángulo, mientras el artículo 55-b exige que la vinculación del accionista(s) que se obliga sea exclusivamente con la sociedad, nuestro régimen legal permite que la prestación accesoria sea hecha a favor de la sociedad pero también a favor

(148) «Artículo 75

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.

Las modificaciones de las prestaciones accesorias y de los derechos que estas otorguen solo podrán acordarse por unanimidad, o por acuerdo de la junta general cuando el accionista o accionistas que se obligaron a la prestación manifiesten su conformidad en forma expresa».

(149) ELÍAS LAROZA, Enrique. *Op. cit.*; p. 179.

(150) Esa es la razón por la que la regulación de las prestaciones accesorias está, desde una perspectiva sistemática, ubicada inmediatamente después del artículo 74, como se señala y comenta en la nota siguiente.

(151) «Artículo 74

En la sociedad anónima solo pueden ser objeto de aporte los bienes o derechos susceptibles de valoración económica». Esta norma debe considerarse conjuntamente con el artículo 51 antes citado, en cuya parte final se establece que en la sociedad anónima «no se admite el aporte de servicios».

Julio Salas Sánchez

de un tercero; esta última opción es inexistente en el Convenio pues dicho artículo se refiere a la obligación que se asume «para con la sociedad».

En los aspectos referidos a las condiciones de validez de los Convenios

Societarios, debe afirmarse que son los mismos que antes se han señalado para los Convenios que se celebren al amparo del artículo 8. La obligatoriedad de los Convenios Societarios se da por asumida por la razón señalada de formar parte del estatuto social que, a su vez, integra el pacto social. Finalmente, su exigibilidad corresponde a las partes, según corresponda.