

Adriana Pallis • Glaucia Mara Coelho • Marcela Maldonado Novaes Romeu • Vitor Mendes Costa Pinto • Juan Pablo Fábrega Polleri • Fábrega Molino y Mulino • Amílcar García Cortes • Jorge Cobos Franco • Jaime Enrique Cubillos Porto • Paula Torres Holguín • María Alexandra Sánchez Faria • Sergio Amiel • Uldarico Ossio Seminario • Oscar Trelles de Belaunde • Carlos Granda Boullón • Natalie Bosshard Vizcarra • Sergio García Long • Carlos Enrique Arata Delgado • María Claudia Arias Markovich • Ricardo de la Piedra • George Soros • Claudia Chong • Carlos Ratti • Joe Navarrete Pérez • Danny Quiroga Anticona • Emil Ruppert Y. • Luis Orrego A. • Martín Melgarejo

FUSIONES Y ADQUISICIONES

Carlos Alberto Soto Coaguila
(Coordinador)



INSTITUTO
PACÍFICO

FUSIONES Y ADQUISICIONES

Autores:

© Adriana Pallis • Glaucia Mara Coelho • Marcela Maldonado Novaes Romeu • Vítor Mendes Costa Pinto • Juan Pablo Fábrega Polleri • Fábrega Molino y Mulino • Amílcar García Cortes • Jorge Cobos Franco • Jaime Enrique Cubillos Porto • Paula Torres Holguín • María Alexandra Sánchez Faria • Sergio Amiel • Uldarico Ossio Seminario • Óscar Trelles de Belaunde • Carlos Granda Boullón • Natalie Bosshard Vizcarra • Sergio García Long • Carlos Enrique Arata Delgado • María Claudia Arias Markovich • Ricardo De La Piedra • George Soros Claudia Chong • Carlos Ratti • Joe Navarrete Pérez • Danny Quiroga Anticona • Emil Ruppert Y. • Luis Orrego A. • Martín Melgarejo, 2018

Coordinador: Carlos Alberto Soto Coaguila

Primera edición-Julio 2018

Copyright 2018

Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martínez
Laura Ramirez Vargas

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C.-2018
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 332-5766
E-mail: prerensa@aempresarial.com

Tiraje: 1,000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : 31501051800732

ISBN : 978-612-322-098-3

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N.º : 2018-10445

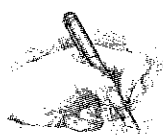
Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 330-3642

LOS CONVENIOS SOCIETARIOS Y LAS OPERACIONES DE ADQUISICIÓN DE EMPRESAS

Joe Navarrete Pérez

Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados



SUMARIO: 1. Introducción.— 2. Regulación positiva: primeros alcances.— 3. Mecanismos de regulación contractual.— 4. Breve revisión de otros ordenamientos jurídicos.— 5. Principales razones para la celebración de los convenios.— 5.1. Incompletitud del contrato de sociedad.— 5.2. Necesidades prácticas.— 5.3. Oportunismo contractual.— 6. Convenios societarios: clasificación.— 6.1. Convenios que integran o "derogan" la regulación estatutaria.— 6.2. Convenios celebrados por todos o algunos socios.— 6.3. Convenios con intervención de terceros.— 6.4. Los convenios o pactos de voto.— 7. Ocasión de la celebración de los convenios societarios.— 7.1. Esquema típico e *preincorporation agreements*.— 7.2. Ratificación del convenio.— 8. Funciones y tipologías de los convenios.— 9. Contratación extraestatutaria o extrareglamentaria: ampliando el menú.— 10. Regulación de los convenios: validez y eficacia.— 10.1. Validez de los convenios: el dato positivo y la autonomía privada.— 10.2. Ineficacia de los convenios: el dato positivo y la incertidumbre.— 11. Palabras finales: convenios, oportunismo contractual y realidad societaria.

1. INTRODUCCIÓN

Los contratos no cuentan entre sus características con la "completitud"¹. En otros términos, todo contrato es incompleto por naturaleza. Resulta imposible que las partes dentro de su "racionalidad limitada" puedan prever todos los supuestos a presentarse en el desarrollo de la relación contractual. Incluso, en el supuesto negado de que las partes pudieran determinar todos los supuestos que se pudieran generar en una relación contractual resultaría muy costoso dicha determinación, costos que llegarían a ser a todas luces "prohibitivos". Es decir, no se puede y se pudiera, sería muy "caro" hacerlo (en términos de tiempo, dinero, asesoría especializada, etc.).

1 HART, Oliver, "Incomplete contracts and the theory of the firm", en *Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 4, n.º 1, 1988.

El contrato de sociedad² no escapa a lo señalado con anterioridad³. Incluso, podría decirse que en este tipo de contratos las consecuencias de la incompletitud son más relevantes a fin de llevar a cabo la satisfacción del “programa contractual” o, en términos más “societarios”, el “interés social”. Las razones para afirmar lo anterior se derivan a que, además muchas otras características que les podamos atribuir al contrato de sociedad, para los efectos de esta exposición debemos tomar en cuenta que nos encontramos ante un contrato de duración y de organización.

- a) **Contrato de duración:** La calificación del contrato de sociedad como contrato de duración busca poner de relieve que a fin de que el interés de las partes (socios) pueda ser satisfecho es necesario que la relación contractual se prolongue en el tiempo. No pasa lo mismo, por ejemplo, en los contratos de compraventa con ejecución inmediata de prestaciones o en los contratos de permuta con entrega inmediata, en cuyos casos el interés de las partes se satisface de manera coetánea a la celebración del contrato. En tal sentido, al igual que en los casos de un arrendamiento o de un suministro periódico, los cuales también son ejemplos de contratos de duración, a fin de que el interés de las partes se satisfaga y se cumpla el programa contractual es necesario que la relación se prolongue a lo largo del tiempo.⁴
- b) **Contrato de organización:** De otro lado, con dicho instrumento se crea una organización, a fin de que se desarrolle determinada actividad ya sea productiva, industrial, comercializadora o de inversión (el llamado “objeto social”) y de esta manera pueda satisfacer el interés de las partes. El desarrollo de dicha actividad es lo que hace que el mismo se torne, en palabras de Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL⁵, de una “extraordinaria complejidad” y que sean “difícilmente previsible” sus vicisitudes.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior se hace necesario el establecimiento de determinados mecanismos para poder “completar” el contrato. Así tenemos, por

2 Tema arduo y no resuelto aún (según parece) dentro de la doctrina societaria es el referido a la naturaleza jurídica de la “sociedad”. No es el propósito del presente trabajo dar cuenta de las posiciones existentes al respecto. Sin embargo, dejo constancia mi posición al respecto, al considerar que la sociedad tiene la naturaleza jurídica de un “contrato”.

3 Incluso hay quien ha señalado que “(s)i todos los contratos son incompletos, el contrato de sociedad es incompleto por excelencia” (ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2005).

4 La duración de la relación contractual no es una característica exclusiva del contrato de sociedad. En el caso de arrendamientos o suministros periódicos también nos encontramos en supuestos en los cuales la relación contractual ha sido establecida para perdurar en el tiempo.

5 ALFARO ÁGUILA-REAL, “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, art. cit., p. 3.

ejemplo, entre otros: (a) el establecimiento de órganos sociales que se encargan de completar el contrato incompleto (juntas de accionistas, directorios o comités) a través de acuerdos sociales; (b) la existencia de normas supletorias (las cuales rellenan los vacíos contractuales); (c) normas del mercado de valores (vinculadas con la protección del inversionista-accionista); y (d) el establecimiento de deberes generales de conducta (deberes de lealtad/deberes de diligencia/deberes fiduciarios).

Adicionalmente a lo anterior, existe un mecanismo netamente contractual a efectos de reducir dichos "vacíos": el convenio de socios/accionistas. A través del mismo, las partes se ponen de acuerdo sobre la organización de la sociedad, regulando situaciones no contempladas en el contrato de sociedad a fin de mitigar algunos riesgos que veremos más adelante. La celebración de dicho convenio es de suma importancia en el marco de la adquisición de un paquete accionariado, ya que el mismo se realice respecto paquetes mayoritarios o paquetes minoritarios de relevancia. En tal sentido, el *convenio de socios es un contrato que pretende rellenar o completar otro contrato, el contrato de sociedad*. Sin embargo, como habrá advertido un lector atento, a su vez este contrato (el convenio de socios) dejará algunos vacíos contractuales que deberán ser llenados por otras vías, tales como las señaladas en el párrafo anterior.

2. REGULACIÓN POSITIVA: PRIMEROS ALCANCES

La LGS hace referencia a los convenios de socios en los arts. 8⁶ (entre las normas aplicables a todas las sociedades) y 55⁷ (aplicable a la sociedad anónima y por derivación a la sociedad comercial de responsabilidad limitada). En un brillante artículo, Julio SALAS⁸ ha dado cuenta de las similitudes y diferencias, así como de otros aspectos importantes de la regulación de dichos tipos de convenios en la LGS. En el presente estudio, me

6 "Artículo 8. Convenios entre socios o entre estos y terceros

Son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre éstos y terceros, a partir del momento en que le sean debidamente comunicados. Si hubiera contradicción entre alguna estipulación de dichos convenios y el pacto social o el estatuto, prevalecerán estos últimos, sin perjuicio de la relación que pudiera establecer el convenio entre quienes lo celebraron."

7 "Artículo 55. Contenido del estatuto

El estatuto contiene obligatoriamente: (...).

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."

8 SALAS SÁNCHEZ, Julio, "Los convenios de accionistas en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad", en *Ius et Veritas*, n.º 36, 2008, pp. 65 y ss.

limitaré a estudiar los convenios regulados en el art. 8 de la LGS y su incidencia en las operaciones de fusiones y adquisiciones (o mergers & acquisitions – M&A).

Así, el primer párrafo del art. 8 de la LGS establece, lo cual representa una novedad en la regulación societaria peruana, que “(s)on válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre éstos y terceros, a partir del momento en que le sean debidamente comunicados.”

Al respecto, HUNDSKOPF, refiriéndose a dicho artículo ha señalado que “(e)stas disposiciones constituyen una importante innovación de la Ley por cuanto hacen obligatorios los llamados convenios parasociales o extrasocietarios, adoptándose con ello la misma posición que las modernas legislaciones europeas, con lo cual en el fondo se están beneficiando a las propias sociedades si es que tales estipulaciones de los convenios les son de utilidad, reconociéndose además el pleno valor de la autonomía de la voluntad.”⁹ Tal como se verá luego, no es tan cierto que la legislación comparada haya aceptado “de buena gana” la existencia de estos convenios, siendo, más bien, nuestro país, un pionero en dicho tema.

Así tenemos que tradicionalmente, los convenios de socios han sido mal vistos por la regulación societaria de los países del *civil law*, debido al carácter secreto, en el sentido de que su contenido es conocido sólo por los firmantes de los mismos, y al representar, a grandes rasgos y de manera general, un ordenamiento paralelo al ordenamiento societario plasmado en el “pacto social”.

Sin embargo, en la realidad los convenios juegan un rol importante en la configuración de las relaciones de los socios ya que permiten regular de mejor manera sus relaciones alejados de los rígidos esquemas societarios, pero siempre bajo el respecto de los límites generales que el ordenamiento jurídico ha establecido para el ejercicio de la autonomía privada. “Los pactos parasociales se nos presentan así como la continuación de la sociedad anónima o limitada por otros medios, por los causases más débiles del derecho de obligaciones.”¹⁰

3. MECANISMOS DE REGULACIÓN CONTRACTUAL

Había señalado con anterioridad que, a fin de realizar una mejor regulación de las relaciones entre los particulares, existen mecanismos para completar el contrato de

9 HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “Reglas aplicables a todas las sociedades” en *Estudios a la nueva Ley General de Sociedades*, Lima: Palestra, 1998, p. 16.

10 PAZ-ARES, Cándido, “El *enforcement* de los pactos parasociales”, en *Actualidad Jurídica Uribe & Menéndez*, n.º 5, 2003, p. 19.

sociedad, en el sentido que no se enmarcan dentro del contrato al que hemos calificado como incompleto y que tienen como función obtener un contrato de sociedad *menos incompleto*. En dicho sentido, tenemos los siguientes mecanismos que se presentan como importantes a fin de poder completar el contrato de sociedad.

- a) **Órganos sociales:** Uno de los mecanismos más clásicos, señalados en la propia LGS, es el establecimiento de “órganos” dentro de la organización, los cuales serán los encargados de tomar las decisiones, y los procedimientos respectivos de cómo se tomarán las mismas ante alguna situación no prevista de manera expresa en el contrato de sociedad.

Todo lo anterior no hace más que proveer un mecanismo de reducción de costos de transacción al momento de celebrar el contrato de sociedad haciendo que aquellos aspectos que no se puedan tomar en cuenta de manera *ex ante* puedan ser tratados, por determinados órganos, según la importancia del asunto, y mediante determinado procedimiento, de manera *ex post*. Por ejemplo, resulta imposible que las partes sepan el día de hoy —en forma certera— cuanto capital de trabajo necesitarán en 5 años o qué maquinarias deben adquirir en 10 años. A fin de que evitar estas situaciones el contrato de sociedad funciona como un mecanismo de recontractación entre las partes sometido a las normas de mayorías y ya no al de la unanimidad.

- b) **Normas supletorias:** Una de las principales funciones de las normas supletorias, aplicables a todos los contratos, es que permiten reducir los costos de transacción en los que incurrirían las partes si es que éstas quisieran cubrir la mayoría de los aspectos relevantes de la contratación de un negocio en específico.

Tal como lo señalan HANSMANN y KRAAKMAN¹¹, “(h)oy en día existe una fuerte tendencia a ver al derecho de las organizaciones cumpliendo funciones similares a aquellas típicamente logradas a través del derecho de los contratos: proporcionando un conjunto de reglas supletorias que rigen cuando las partes contractuales no establecen expresamente lo contrario (...)” El derecho de sociedades, como parte del derecho de los contratos, se entiende adecuadamente como un conjunto de “cláusulas contractuales”, que el legislador proporciona a las partes en la idea de que ellas mismas las habrían pactado si los costes de hacerlo hubieran sido lo suficientemente bajos (voluntad hipotética de las partes).¹² En tal sentido, las normas supletorias cumplen un rol importante a fin de llenar los vacíos contractuales existentes producto de los contratos incompletos.

11 HANSMANN, Henry y Reiner KRAAKMAN, “El rol esencial del derecho de las organizaciones”, en *Themis*, Revista de Derecho, segunda época n.º 46, 2003, p. 45.

12 ALFARO ÁGUILA-REAL, “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, art. cit., p. 3.

- c) **Regulación del mercado de valores:** También tenemos la regulación que se establece en aquellos casos en los que nos encontramos antes Sociedades “públicas”. Regulación que se refleja en las concretas normas del Mercado de Valores, ya sea la establecida de modo (i) *obligatorio* por el Estado, a través del Poder Legislativo o el órgano regulador¹³ (a través de la Superintendencia del Mercado de Valores), o (ii) *facultativo*, a través de *recomendaciones*¹⁴.
- d) **Deberes de lealtad y deberes fiduciarios:** Además, un mecanismo que coadyuva a eliminar los supuestos de incompletitud contractual son los denominados deberes de lealtad y los deberes fiduciarios existentes en el seno de las sociedades. “Como es sabido, a través de los deberes de lealtad se completa el contrato social integrándolo con todas aquellas normas de conducta de los socios que éstos habrían pactado de haber podido redactar un contrato completo en el momento de la constitución de la sociedad. Si el contrato social es especialmente incompleto, es obvia la necesidad de un desarrollo amplio de tales deberes. Si se cuenta con un aparato judicial de una calidad mínima, el legislador, sometido a los límites de previsibilidad y multiplicidad de supuestos (...), puede delegar en la Jurisprudencia la concreción de los deberes de comportamiento de unos socios frente a otros y frente a la sociedad, es decir, confiar en las cláusulas generales que reflejan normativamente tales deberes de comportamiento con el deber de lealtad o fidelidad de los administradores y de los socios (...).”¹⁵ En tal sentido, podría concluirse que las obligaciones de fidelidad o deberes fiduciarios constituyen la respuesta más eficiente a la imposibilidad de redactar contratos que puedan especificar o contemplar todos los aspectos de una relación contractual.¹⁶

13 En el mismo sentido, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Los pactos parasociales anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Transparencia*, documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense, 2007, p. 5, al señalar que “Las demandas que plantean al legislador determinados problemas vinculados con el régimen legal aplicable a las grandes sociedades no consienten ya que la promulgación de las normas respectivas sea el resultado de un prolongado y minucioso debate doctrinal, prelegislativo y parlamentario. Ante situaciones que tienen un especial impacto para el normal funcionamiento de las empresas y de los mercados en donde se negocian sus valores, el legislador debe reaccionar con urgencia. Frente a la construcción de un genuino sistema normativo para las sociedades cotizadas, se viene imponiendo la utilización de la legislación del mercado de valores como cauce para corregir o hacer frente a los problemas advertidos en relación con dicho tipo societario.”

14 Me refiero en este caso a, por ejemplo, el Informe Olivencia (1998) o el Informe Aldama (2003) elaborados en España, o el Código de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas (2013) elaborado en nuestro país.

15 ALFARO ÁGUILA-REAL, “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, art. cit., p. 9.

16 EASTERBROOK, Frank H. y Daniel R. FISCHER, “Contrato y obligación fiduciaria”, en *Derecho & Sociedad*, n.º 17, 2001, p. 269. Los profesores explican aquello de la siguiente manera: La

- e) **Convenios de socios:** Finalmente, sin agotar estos mecanismos útiles para completar el contrato de sociedad, tenemos a un mecanismo típicamente contractual como los convenios de socios. Es verdad, sin embargo, que en algunos casos, los convenios lo que pretenden es desarrollar las normas del mercado de valores y, sobre todo, los deberes de lealtad o los deberes fiduciarios existentes. Asimismo, los convenios societarios pueden ser idóneos para el desarrollo *contractual* del gobierno corporativo de las sociedades.¹⁷

Por ejemplo, los Principios de Buen Gobierno Corporativo de OCDE¹⁸ establecen que lo siguiente:

Algunas estructuras de capital permiten al accionista ejercer un grado de control sobre la sociedad desproporcionado en relación con las acciones de las que es titular. Las estructuras piramidales, el accionariado cruzado y las acciones con derechos de voto limitados o múltiples sirven para disminuir la capacidad de los accionistas sin poder de control para influir en la política de la sociedad.

Y prosigue señalando que:

obligación de fidelidad reemplaza los detallados términos contractuales y las cortes “destrozan” la obligación de fidelidad prescribiendo las cláusulas que las partes establezcan como si ello resultara económico y todas las promesas totalmente garantizadas. Las usuales valorizaciones económicas de los términos contractuales y sus remedios son aplicadas. Las obligaciones fiduciarias no son obligaciones especiales: no tienen ninguna condición moral, sino tienen las mismas obligaciones derivadas y encausadas de la misma manera como cualquier otra promesa contractual (p. 270).

- 17 Ha puesto el acento sobre aquello en un excelente trabajo el profesor SALAS SÁNCHEZ, “Los convenios de accionistas en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad”, art. cit., p. 65 y ss. A estas alturas de la evolución del derecho de sociedades debe resultar claro que las normas de gobierno corporativo producen un incremento en el valor de las empresas. Incluso, Cándido PAZ-ARES ha señalado que el gobierno corporativo “sale más a cuenta —es un negocio más rentable— en (...) economías en transacción que en los mercados desarrollados.” (PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, *El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor*, Bogotá: Bolsa de Valores de Colombia, 2004, p. 13). Al respecto, siguiendo a PAZ-ARES podemos distinguir los dos ejes o dimensiones que definen la arquitectura de cualquier sistema de gobierno corporativo: en el eje horizontal estaría el que podemos llamar gobierno corporativo institucional (impuesto desde fuera por el sistema jurídico y la red de instituciones de un determinado país) y en el eje vertical, el que hemos denominado gobierno corporativo contractual (asumido voluntariamente desde dentro por cada empresa). Por ello, “hemos de tener presente que entre el buen gobierno institucional y el buen gobierno contractual existe, hasta un cierto punto, una relación de sustituibilidad y, por tanto, cabe suponer que a medida que aquél se debilita, se agranda el espacio para que éste se refuerce con ganancias de todos. Se trata, en última instancia, de una aplicación del Teorema de Coase, que postula que las empresas se adaptan contractualmente a los contextos institucionales más pobres.”

- 18 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Principios de Buen Gobierno Corporativo de la OECD*. Recuperado de <<http://bit.ly/2xt4U0z>>, p. 36.

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.

Los blindajes limitan el número de votos que un accionista puede emitir, independientemente del número de acciones de las que sea titular, por consiguiente, los blindajes redistribuyen el control y pueden afectar a la motivación de los accionistas para asistir a las juntas.

Dada la capacidad de estos mecanismos para redistribuir la influencia de los accionistas sobre la política de la sociedad, los accionistas tienen razones fundadas para confiar en que todas estas estructuras y disposiciones de capital se pongan al descubierto¹⁹.

4. BREVE REVISIÓN DE OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

En lo que respecta al dato positivo, tal como ya se indicó, la vigente LGS ha señalado de manera expresa en su art. 8, la posibilidad de que los socios, e incluso terceros, puedan celebrar dichos convenios, resolviendo sin lugar a dudas la legitimidad de dichos convenios en nuestro ordenamiento. Al respecto, cabe señalar que el reconocimiento de dicha posibilidad ha sido regulado en la parte general aplicable a todas las sociedades, con lo que es posible que dichos convenios sean celebrados en todos los tipos sociales regulados en la LGS. No pasa lo mismo, normativamente, en otros ordenamientos.

- a) En el ordenamiento jurídico italiano, tanto el DL N.º 58/1998, *Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria* (más conocido como *Testo Unico della Finanza* o TUF) y como los nuevos arts. 2341-bis y 2341-ter del *Code Civile*, luego de la reforma en materia de derecho societario, implementada a través del DL N.º 6/2003, sólo regulan la figura, denominada "patti parasocia-

19 El resultado es nuestro.

le”, para el caso de sociedades cotizadas y sociedades por acciones (equivalentes a las sociedades anónimas), respectivamente. Sin embargo, a pesar de no existir normativa que extienda los convenios a otros tipos societarios, como la sociedad de responsabilidad limitada, por ejemplo, se considera que aquella regulación no tiene por objetivo excluir a tal tipo societario de la posibilidad de regular sus relaciones mediante convenios²⁰ pudiéndose regular los mismos por las normas generales del derecho privado.

- b) En Brasil, el art. 118 de la *Lei N.º 6.404, Lei de Sociedades por Ações*, de 1976, se encarga de positivizar los denominados “acordos de accionistas”. Al igual que en otras latitudes los convenios son vistos con desconfianza por el ordenamiento jurídico.²¹ La referida ley establece los “acordos” típicos y regula de manera más amplia los efectos de estos, cosa que no pasa en nuestro ordenamiento en el cual no se ha especificado acuerdos típicos sino que se ha señalado de manera general la posibilidad de celebrar los convenios y se han establecido sus consecuencias de manera general.

La función de aquel artículo sería, en interpretación restrictiva, de un lado “limitar la amplitud de los acuerdos de accionistas, limitándoles el objeto. De otro lado, que este acuerdo de accionistas con objeto limitado, se le reconozca eficacia jurídica”.²²

Atendiendo a la realidad societaria no debería entenderse que aquella disposición limita los tipos de convenios sino que se limita a mencionar algunos y dotarlos de peculiares efectos, por ello, a pesar de aquella tipicidad de acuerdos debe entenderse que los socios son capaces de celebrar acuerdos diversos a aquellos²³ aunque en este caso la eficacia concreta de los mismos deberá ser evaluada caso por caso. Tal como se verá luego, en este caso también, “la preocupación central ha sido la discusión sobre los efectos, alcances y consecuencias del acuerdo (...)”.²⁴

- c) En España el ya derogado Código de Comercio establecía de manera contundente en su art. 119.3 que “los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social”. Posteriormente, con ocasión

20 Véase: INTERDONATO, Angelo, “Validità e opportunità di un accordo parasociale nella SRL”, en *Diritto e Pratica delle Società*, n.º 11/12, noviembre-diciembre, 2010, p. 102.

21 MOREIRA RODRIGUES, *A execução específica dos acordos de acionistas*, ob. cit., p. 11.

22 SALOMÃO FILHO, Calixto, *O novo direito societário*, 2.ª ed., Malheiros Editores, p. 100.

23 MOREIRA RODRIGUES, Pedro Paulo, *A execução específica dos acordos de acionistas*, Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, FMDC, 2009, p. 29.

24 SALOMÃO, *O novo direito societário*, 2.ª ed., ob. cit., p. 94.

de la promulgación de la Ley General de Sociedades Anónimas de 1951 se estableció en el art. 6 que “son nulos los pactos sociales que se mantengan reservados”. Con ello se dotaba de validez a los convenios entre los socios siempre que los mismos hubieran sido relevados, lo cual constituyó un gran avance en la normativa española.²⁵

Por su parte, la actual Ley General de Sociedades de Capitales del 2010, en su art. 29 establece que “Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad.” Por su parte, el art. 530.1., establece en materia de sociedades cotizadas que “A los efectos de lo dispuesto en este capítulo, se entienden por pactos parasociales aquellos pactos que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas cotizadas”. Por su parte, el art. 531 establece lo siguiente:

“Artículo 531. Publicidad de los pactos parasociales.

1. La celebración, prórroga o modificación de un pacto parasocial que tenga por objeto el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinja o condicione la libre transmisibilidad de las acciones o de obligaciones convertibles o canjeables en las sociedades anónimas cotizadas habrá de ser comunicada con carácter inmediato a la propia sociedad y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
A la comunicación se acompañará copia de las cláusulas del documento en el que conste, que afecten al derecho de voto o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones o de las obligaciones convertibles o canjeables.
2. Una vez efectuada cualquiera de estas comunicaciones, el documento en el que conste el pacto parasocial deberá ser depositado en el Registro Mercantil en el que la sociedad esté inscrita.
3. El pacto parasocial deberá publicarse como hecho relevante”.

Habiendo señalado lo anterior no debe quedar duda que la moderna legislación española reconoce validez a los convenios. Tal como se ha dicho en España, “(s)uperada ya la antigua controversia sobre si los pactos parasociales son válidos o no (actualmente es pacífico que sí lo son), el debate doctrinal versa hoy principalmente sobre su eficacia y oponibilidad frente a la sociedad (...)”²⁶.

25 MARTÍN DE VIDALES GODINO, Mónica y Antonio SAMPEDRO MARTÍN, “Los pactos de accionistas: contenido, fines y eficacia”, en *Revista Española de Capital de Riesgo*, n.º 1, 2008, p. 26.

26 RUIZ-CÁMARA, Javier y Elena TORREGROSA, “Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los

Afortunadamente en nuestro país, una norma como el art. 8 de la LGS soluciona (en parte, como se verá luego) el problema de la exigibilidad y el alcance de los pactos sociales existente en otros ordenamientos, tal como se ha visto.

No obstante lo anterior, en mi opinión en caso no se hubiera regulado de manera expresa a los convenios, la validez de estos hubiera estado totalmente respaldada por el principio de autonomía privada, siempre que los mismos no contraríen las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. Sin embargo, la eficacia de los mismos si hubiera estado restringida debido a que no existiría en el ordenamiento una norma que vincule “en todo cuanto le sea concerniente” a la sociedad, debiendo acudir los privados a las normas generales en cuanto a la eficacia de las situaciones jurídicas subjetivas, como en los siguientes casos, por poner un par de ejemplos:

- (i) Cesión de dividendos futuros. En el caso que los dividendos futuros hubieran sido cedidos a favor de otro socio o de un tercero, dicha cesión hubiera tenido eficacia una vez que la comunicación hubiera sido conocida por la sociedad, como sujeto obligado al pago, en virtud de lo señalado en el art. 1215 del CC. Salvo que, la sociedad hubiera intervenido en el convenio y hubiera aceptado la cesión, en cuyo caso, en virtud del artículo antes señalado, se considerará dicho momento como aquel en el cual la cesión es eficaz. En este caso, ya sea por la comunicación o la aceptación, el cesionario será el nuevo titular del derecho siendo exigible el mismo frente a la sociedad. Adicionalmente, en este caso a fin de que los dividendos sean acordados en algún momento se podría haber otorgado un poder irrevocable para dichos efectos (con las limitaciones que conocemos en este tipo de poderes) y obviamente, el pago de los mismos estará supeditado a que efectivamente se hayan generado utilidades dentro del ejercicio.
- (ii) Prestaciones a favor de la sociedad. Asimismo, en el caso uno de los socios o, incluso, un tercero se hubiera comprometido a realizar determinada prestación, ya sea un dar (entregar un bien, ceder una marca, etc.), un hacer (prestar un servicio, realizar una inversión, conseguir algún inversionista estratégico, etc.) o no hacer (guardar un secreto, no competir directa o indirectamente, etc.), a favor de la sociedad, ésta, en virtud de las normas relativas al contrato en favor de terceros reguladas en los 1457 y siguientes del CC, tendría plenos efectos ya que la sociedad es un tercero respecto de dicha atribución patrimonial.

pactos parasociales (A propósito de las SSTs de 6 de marzo de 2009)”, en *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, n.º 24, 2009, p. 66.

5. PRINCIPALES RAZONES PARA LA CELEBRACIÓN DE LOS CONVENIOS

Ahora bien, habiendo superado el tema positivo, y antes de entrar a estudiar más de cerca a los convenios, señalaré las que juzgo las principales razones para la celebración de los mismos (entre las que se encuentra la "incompletitud contractual" antes señalada).

5.1. Incompletitud del contrato de sociedad

El contrato de sociedad, tal como se dijo, como contrato que es no puede escapar al carácter incompleto que se deriva de su propia naturaleza. En tal sentido, el ejercer la autonomía privada en los planos intra-organizativo (a través de los acuerdos sociales) y el extra-organizativo (a través de los convenios societarios), se presenta como necesario y se justifica en el carácter eminentemente incompleto que tiene todo contrato.

Al respecto, MONATERI ha señalado que "de la propia naturaleza del acuerdo se desprende que el mismo se forma, por definición, en forma incompleta, si se atiende al universo de acontecimientos posibles y de contingencias actuales y futuras."²⁷ En tal sentido, dada la racionalidad limitada del ser humano y la no posibilidad de poder contemplar todas las circunstancias futuras, las partes no son capaces de poder fijar de manera coetánea a la celebración del contrato de sociedad todas las vicisitudes que pueden presentarse en el desarrollo de la relación.

Es dentro de esta "razón" en donde podemos encuadrar la celebración de convenios societarios en el marco de adquisiciones de empresas ya que no bastará con la regulación establecida en el estatuto para que determinada parte, el adquirente, ingrese al negocio de la otra, el adquirido, sino que también será necesario que se puedan regular de la mejor manera las relaciones entre las partes. Ahora bien, en este caso, un par de cosas adicionales.

27 MONATERI, Pier Giuseppe, "Reformulando la noción de contrato: hacía una visión antagónica del contrato", en *Themis*, n.º 49, p. 40. Asimismo, el autor señala (pp. 40-41), en especial sobre la forma judicial de completar el contrato, que (d)ichos "vacíos" no constituyen un *failure*: ellos son parte integrante del proceso antagónico, y cada uno de sus 'cubrimientos' desde el exterior no es más que un acto de violencia, que para ser realizado requiere —al faltarle la justificación cooperativa de fondo una justificación más sólida de la usual, según la cual, el juez está allí para ayudar a las partes a aclarar sus ideas: la justificación de que el juez puede hacer para las partes el contrato que ellas mismas habrían deseado, si hubiesen contemplado la producción de las contingencias que no previeron. Esta idea, aun cuando autorizadamente sostenida por muchos y audaces autores del análisis económico, se revela como irracional a la luz de la óptica antagónica: no se puede 'recubrir' una tregua provisoria, porque de tal modo ella se rompe, y se desestabilizan, por completo, los diversos equilibrios que se han logrado previamente.

- a) Es usual que en el marco de una adquisición el estatuto de la sociedad objetivo sea modificado a efectos de poder permitir el ingreso del adquirente y/o con el fin de estandarizar el estatuto (en aquellos casos en los que el mismo hubiera tenido cláusulas que se justificaban para sus anteriores propietarios).
- b) Adicionalmente, y sin perjuicio de lo señalado en el numeral 5.2 siguiente, es posible que las partes consideren oportuno modificar ciertos artículos del estatuto a fin de adecuar algunas de sus disposiciones a las cláusulas que tienen en el convenio de accionistas que han celebrado.

5.2. Necesidades prácticas

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta la existencia de necesidades prácticas al momento de constituir una sociedad y/o modificar su estatuto. Así, todas las sociedades (ya sean sociedades "normales" o "reguladas") deberán pasar necesariamente por el filtro de los Registros Públicos, por ejemplo. En estos casos, a veces no resulta aconsejable someter a consideración de un tercero determinadas cláusulas que encuentran su racionalidad en relaciones particulares ya que existen costos de subsanar observaciones (tanto a nivel económico como de tiempo).

En tal sentido, teniendo en cuenta que un tercero debe encargarse de *examinar la compatibilidad de dichos negocios jurídicos con el ordenamiento vigente*, caemos en cuenta de que los socios, podrían limitarse a colocar solo lo necesario para poder pasar dichos filtros y no obtener cuestionamientos a pactos muchos más específicos o que tienen una racionalidad que sólo puede ser justificada entre las partes.

En tal sentido, el hecho de que los referidos vehículos legales a efectos de poder operar de manera plena en el mercado deberán ser previamente "aceptados" por organismos de nivel estatal, determina que incluir todas las estipulaciones que regulan las relaciones entre los Socios pueden derivar en una demora de tiempo o la necesidad de realizar precisiones sugeridas por terceros que hacen que resulte mucho más eficiente regular dichas situaciones no dentro de los actos constitutivos sino fuera de aquellos.

5.3. Oportunismo contractual

Vinculado con lo anterior, y muchas veces superpuesto, encontramos al oportunismo contractual, el mismo que puede desarrollarse de dos formas:

- a) En el primer caso, la no inclusión de determinadas condiciones de las relaciones societarias, se pueden justificar en que las partes no deseen proporcionar determinada información sobre su organización a terceros debido a que la misma podría reportar determinada ventaja en el mercado o simplemente por el deseo

- de mantener determinadas relaciones bajo el conocimiento de los involucrados, circunstancia que siempre que no linde con la ilegal es completamente legítima.
- b) En el segundo caso, los vacíos contractuales no responden de manera exclusiva a la existencia de costos de contratar o costos de transacción entre las partes de una determinada relación, en el presente caso, respecto de las relaciones societarias, tal como se entiende generalmente. Los vacíos contractuales pueden resultar de un tipo diferente consideraciones, las cuales se tornan de mayor importancia en el tipo de relaciones tratadas en el presente trabajo, las mismas que pueden hacerse recaer en un comportamiento estratégico de partes relativamente informadas.²⁸

El referido comportamiento estratégico puede resultar unilateral, en aquellos casos en los que a una de las partes le convenga más callar que hablar a fin resguardar su interés y dejar para después, en caso se produzca alguna contingencia, la solución de determinado aspecto del contrato o la revelación de determinada información.²⁹ Obviamente, existen circunstancias en las que ambas partes o todas las partes, en los contratos plurilaterales, tengan dicho incentivo.

6. CONVENIOS SOCIETARIOS: CLASIFICACIÓN

A fin de entender las implicancias de la celebración de los convenios, se pueden establecer las siguientes clasificaciones principales:

6.1. Convenios que integran o “derogan” la regulación estatutaria

La celebración de todo convenio busca integrar o “derogar” la normativa estatutaria. En el primer caso, se busca regular situaciones no contempladas en contrato de sociedad o especificar con mayor detalle diversas situaciones contempladas en dicho instrumento. Bajo esta función, el convenio se presenta como un complemento de las estipulaciones señaladas en el contrato de sociedad, las cuales, en caso no estar en

28 AYRES, Ian y Robert GERTNER, “Cubriendo vacíos en contratos incompletos: una teoría económica sobre reglas supletorias”, en *Themis*, segunda época, N.º 47, 2003, p. 200.

29 Sobre dicha premisa AYRES, Ian y Robert GERTNER han desarrollado su teoría de las penalidades supletorias en lo que a normas supletorias se refiere. En sus palabras “(d)esde una perspectiva de eficiencia penalidades supletorias pueden ser justificadas como una manera de fomentar la producción de información. El mismo proceso de “pactar en contra” puede revelar información a las partes del contrato a los terceros. Estas reglas pueden ser justificadas como una forma de proporcionar 1) incentivo a las partes del contrato para revelar información a terceros, especialmente a las cortes, o 2) incentivos para que una parte del contrato mejor informada revele información a una parte menos informada (AYRES y GERTNER, “Cubriendo vacíos en contratos incompletos: una teoría económica sobre reglas supletorias”, art. cit., p. 202.)

contra de lo establecido en dicho instrumento sirve para conseguir un contrato de sociedad menos incompleto. Este tipo de convenios son bastante usuales en operaciones de fusiones y adquisiciones ya que permiten a las partes poder ajustar el convenio a sus necesidades, ampliando el campo de la regulación estatutaria o yendo en contra de la misma.

El segundo caso es más complicado que el anterior, ya que las partes establecen una regulación abiertamente en contra de lo señalado en el estatuto social. En este caso, resulta problemático determinar si ante aquello las estipulaciones del Convenio que recaigan en dicha situación son "nulas" por contravenir al estatuto o son inoponibles a la sociedad. Y en el primer caso, hay que ver si lo regulado en el estatuto, a su vez, se refiere a una norma de carácter imperativo o no en la LGS.

Al respecto, el segundo párrafo del art. 8 de la LGS establece que "(s)i 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." Nótese que esta disposición presupone la validez del convenio bajo las directrices generales del ordenamiento jurídico.

La referida disposición no es más que una de las manifestaciones de la mayor rigidez que existe *intra* muros de la sociedad o, en otros términos, la mayor libertad que exista fuera de la organización societaria.

Aquello lo menciono debido a que, tal como se recordará, en aquellos casos en los que un acuerdo societario, negocio jurídico destinado a insertarse en la organización *intra* societaria, fuera "contrario" al estatuto o el pacto social, el remedio establecido para el mismo no sería la inoponibilidad, como en el caso del art. 8 de la LGS, sino (a) la nulidad, en aquellas sociedades que no fueran la sociedad anónima, o (b) la impugnabilidad, en aquellos casos en los que nos encontremos ante una sociedad anónima³⁰.

6.2. Convenios celebrados por todos o algunos socios

Otra clasificación importante en lo que a los convenios se refiere es aquella referida al número de socios que intervienen en el convenio. En tal sentido, los efectos (u oponibilidad) de los que puede gozar un convenio no serán los mismos en aquellos casos en los que intervengan todos los socios, y por ende exista una identidad subjetiva plena o total entre las partes del convenio y los socios de la sociedad, o en la que intervengan sólo algunos de aquellos.

30 NAVARRETE PÉREZ, Joe, "Invalidéz de acuerdos societarios", en *Revista Jurídica del Perú*, n.º 93, Lima: Gaceta Jurídica, 2008.

Aquí debe tenerse en cuenta que los socios no forman una nueva persona jurídica o sujeto de derecho con la celebración del convenio, incluso en aquella situación en la que exista una *identidad subjetiva plena* entre los socios de la sociedad en cuestión y las partes del convenio. Al respecto, hay que tomar en cuenta que las reglas que rigen el convenio son las propias del derecho de los contratos, en el sentido de que las modificaciones al convenio, por ejemplo, deben, en principio, ser acordadas por todos los intervinientes del mismo.

- a) El convenio entre todos los socios, tal como su nombre lo indica, involucra a todos aquellos titulares de acciones o participaciones en la sociedad al momento de la celebración del mismo. La suscripción de aquel será frecuente en sociedades en las que la composición accionaria se encuentra concentrada en manos de pocas personas, ya sea en típicas sociedades familiares o en sociedades en las que a pesar de no existir dichos vínculos los socios son pocos. El hecho de ser pocos los socios reduce los costos de búsqueda, negociación y celebración del convenio.

La celebración de éste tipo de convenio es usual en las operaciones de *private equity* en las que un inversionista estratégico, como un fondo de inversión, por ejemplo, destina recursos a la compra de una participación relevante dentro del capital social que irá, generalmente, entre el 51 % al 100 % de las acciones o participaciones de la sociedad.

En el caso peruano, y en general, en el ámbito de los países de la tradición jurídica del *civil law*, serán los acuerdos de todos los socios los que tendrán mayor relevancia en la práctica societaria, debido a la estructura concentrada de la propiedad de las Sociedades en los países de nuestra tradición jurídica³¹.

En este caso, la total identidad entre partes del contrato de sociedad y el convenio societario, permite despejar cualquier duda respecto de la función de complemento que tiene este último negocio del primero. "Los pactos parasociales de todos los socios que complementan el contrato social en sentido estricto son de gran transcendencia, pues de no acordarse el contenido de tales pactos, las partes probablemente no entrarían en la relación societaria. Sería absurdo por parte de los socios poner dinero, sin condiciones, en manos de la gestión de otros, por eso, lo que hacen es clarificar los aspectos críticos de la futura relación societaria con carácter previo a la decisión de invertir dinero en el negocio."³²

31 LA PORTA, Rafael, LOPEZ DE SILANES, Florencio y Andrei SHLEIFER, "Corporate ownership around the world", en *The Journal of Finance*, vol. LIV, n.º 2, 1999.

32 SÁEZ LACAVE, María Isabel, "Los pactos parasociales de todos los socios en el derecho español", en *InDret, Revista para el análisis de Derecho*, 2009, Recuperado de <<http://bit.ly/2xtyFOz>>, p. 6.

Ahora bien, aquellos convenios parasociales en los cuales existe la posibilidad de que todos los socios puedan intervenir parten del supuesto de la existencia de un número reducido de los mismos a fin de que los costos de búsqueda y de celebración no sean tan elevados que hagan que el convenio no se celebre.

- b) En el segundo caso, es decir, en aquellas sociedades en las que sean muchos los socios, el convenio se celebrará, generalmente, entre algunos de los socios debido a la dificultad de poder reunir a todos o al hecho de que en éstos casos las relaciones entre los mismos no se asemejan a las de las sociedades con estructura de propiedad concentrada.

Ahora, es verdad que los pactos parasociales pueden ser celebrados sin la necesidad de la intervención de todos los socios o entre alguno o algunos de éstos y terceros, sin embargo, considero que dichos convenios no tienen la vocación ni la aptitud, a pesar de la eficacia que les pueda reconocer la LGS, para completar el contrato de sociedad debido a que sus intervinientes no son todos los socios, y, por ende, no son todas las partes del contrato de sociedad. En este caso, queda la duda de los alcances que pueda tener un convenio societario en el cual no hayan intervenido todos los socios o en el que hayan intervenido algunos de aquellos y un tercero, ya que podría resultar atentatorio contra el interés de los socios no intervinientes. En cualquier caso, se debería buscar la manera de coordinar dicho convenio societario con el estatuto social, y en caso de duda privilegiar éste último documento al ser la norma fundamental dentro del andamiaje societario.

Tal como señala María Isabel SÁEZ LACAVE, aunque en ambos casos nos encontremos ante convenios extraestatutarios, el dato más importante no es tanto su forma sino la función económica que los mismos pretenden cumplir. En tal sentido, "(l)a diferencia fundamental estriba en que los acuerdos de todos los accionistas son en sustancia complemento del contrato social tal y como se recoge en los estatutos, de tal manera que juntos —pactos más estatutos— conforman desde una óptica económica, un contrato —más— completo de sociedad."³³

6.3. Convenios con intervención de terceros

También vinculados con el tema de los efectos están los convenios en los que además de intervenir los socios se produce la intervención de algún tercero, los cuales han sido incluidos por el legislador bajo la misma denominación de "convenios societarios". En mi opinión en estos casos, a efectos de dotar de oponibilidad y exigibilidad frente a los derechos y obligaciones, y en general respecto de cualquier situación jurídica subjetiva que surja del convenio, se deben recurrir a los mecanismos civiles para la

33 SÁEZ LACAVE, "Los pactos parasociales de todos los socios en el derecho español", art. cit., p. 4.

atribución de situaciones jurídicas a favor de terceros (contrato a favor de tercero y cesión de derechos) o a cargo de terceros (promesa de la obligación u hecho de un tercero). Además, debe recordarse que a pesar de que intervenga alguno de los socios, éste no podrá, por su sola declaración obligar a los demás socios, salvo en los términos ya señalados, o comprometer a la sociedad misma, a pesar de que pueda ser el accionista mayoritario, siendo en tales casos, tanto los socios como la sociedad, *terceros* a los que no le son oponibles los efectos de los acuerdos con el o los terceros.

6.4. Los convenios o pactos de voto

Por su parte, los pactos de voto son más típicos de sociedades de accionariado difundido en la cual se busca o ejercer el control de la sociedad o defenderse de los abusos de la mayoría. En el caso de los sindicatos de voto, por demás, la especie más conocida de los convenios, éstos pueden estructurarse a través de lo siguiente:

- a) La delegación del voto a favor de algún tercero o uno de los accionistas, a fin de que vote de una manera predeterminada (incluyendo el voto negativo y la abstención).
- b) La constitución de un órgano que se encargará de determinar ocasionalmente el sentido de la votación, regido por criterios de unanimidad o mayorías o, incluso.
- c) La transferencia temporal de las acciones a favor de algún tercero a efectos de que pueda ejercer el derecho de voto en un sentido determinado, lo cual se conoce en el *common law* como *voting trusts*.

7. OCASIÓN DE LA CELEBRACIÓN DE LOS CONVENIOS SOCIETARIOS

7.1. Esquema típico y *preincorporation agreements*

Típico es el caso en el cual los convenios se celebran una vez que la sociedad ha sido constituida, sin embargo, nada impide que los socios puedan celebrar un convenio de manera previa a aquello. En dichas situaciones es usual que, junto con los pactos ya señalados, exista la obligación previa de que los socios o uno de aquellos se obligue, dentro de un plazo determinado o al ocurrir determinado evento, a constituir la Sociedad. Asimismo, se pactará la obligación de al momento de constituirse la sociedad se realicen determinados aportes a nombre propio o por cuenta de los demás socios, así como compromisos de inversión o aumentos de capital estructurados por fases, vinculadas a plazos específicos o etapas del proyecto o el objeto social de la sociedad. En estos casos, al ser las obligaciones a favor de la sociedad futura nos encontraremos ante típicos contratos a favor de terceros, siendo el tercero beneficiario la Sociedad, siendo

necesario, en cada caso proceder a la renuncia al derecho de revocación señalado en art. 1468 del CC, al no poder contar con un sujeto actual que “acepte” las prestaciones convenidas a su favor.

Este tipo de acuerdos son llamados *preincorporation agreements* y pueden responder a alguna de las siguientes circunstancias³⁴:

- a) Cuando una considerable cantidad de tiempo transcurrirá entre la decisión de proceder a la constitución y la constitución efectiva.
- b) Cuando una considerable contribución financiera es requerida antes de la constitución.
- c) Cuando es deseable encontrar participantes que realicen futuras contribuciones financieras que pueden ser esenciales para el negocio.
- d) Cuando uno o más participantes han sido convencidos de participar en el negocio con promesas de empleo.
- e) Cuando es necesario proteger un secreto comercial o de negocio.
- f) Cuando la confidencialidad es importante.
- g) Cuando la formación del negocio depende de uno más acuerdos con partes externas.

En estos casos, es claro que los convenios tienen como propósito (a) maximizar los incentivos de los socios para realizar *ex ante* las inversiones necesarias para llevar adelante el objeto social, (b) minimizar los incentivos de los mismos para que una vez creada la “riqueza” esta no se transmita antes de tiempo y (c) obtener *ex post* una distribución eficiente sobre las acciones de la sociedad³⁵.

Aquí la ineficiencia es tanto *ex ante* debido a que inversiones que se podrían haber realizado no se realizarán debido al temor de que una vez realizadas las mismas, el mayoritario *expropie* a los minoritarios a través de los acuerdos tomados en junta a través del principio mayoritario. Asimismo, las ineficiencias se producen *ex post* debido a que los socios gastarán, si es que decidieron invertir, recursos en poder protegerse de los demás socios, destinando recursos que podrían servir a *agrandar la torta*. Aquí debe tenerse en cuenta que “la cuestión sería meramente distributiva si afectara sólo al reparto entre los socios, pero lo cierto es que los conflictos entre socios son además ineficientes o costosos para el bienestar común, porque los socios van a destinar energías

34 SCHNEEMAN, Angela, *The law of corporations and other business organizations*, USA: Delmar Cengage Learning, 2010, p. 290.

35 CHEMLA, Gilles, LJUNGQVIST, Alexander y Michel A. HABIB, “An analysis of shareholder agreements”, en *Journal of the European Economic Association*, vol. 5, Issue 1, 2007, p. 93 y ss.

y recursos sociales para capturar una porción mayor del resultado común, en vez de cooperar para que la sociedad sea más productiva.”³⁶

Ahora bien, si es que la sociedad no se llega a constituir dentro del plazo estipulado, determinado o determinable, al ser el convenio accesorio al funcionamiento de la Sociedad, el mismo no tendrá efectos en cuanto a aquella parte del convenio sujeta a la condición suspensiva.

7.2. Ratificación del convenio

Una vez constituida la sociedad cabe la duda si es que el convenio debe ser ratificado por los socios ya que antes de la constitución de la sociedad, los mismos no gozaban de la posición jurídica subjetiva de “socios”. Una visión preliminar del supuesto nos puede llevar a pensar que el convenio deberá ser ratificado (ya sea en un documento complementario al convenio, en junta general o, incluso, mediante conducta tácita, tal como empezar a cumplir las obligaciones estipuladas en el convenio). Sin embargo, nótese que esta ratificación no es identificable plenamente a la señalada en el art. 162 del CC ya que no nos encontraremos ante un representado y un *falsus procurator* sino ante *una misma parte ratificando sus propios actos pasados*, por lo anterior, es más indicado pensar que en estos casos, parte del convenio es exigible de manera inmediata, tales como los compromisos de constitución, y parte del mismo se encuentra sujeta a condición suspensiva.

8. FUNCIONES Y TIPOLOGÍAS DE LOS CONVENIOS

Tradicionalmente, los convenios eran celebrados con la función de formar los denominados sindicatos “de mando” o “de bloqueo”. El primero consiste en la reunión de diversos socios a efectos de poder ejercer el derecho de voto y en tal sentido dirigir dentro de la sociedad³⁷, por su parte, mediante el segundo, los socios pactan restricciones a la transferencia de las acciones a efectos de que nuevos socios no ingresen dentro de la sociedad y el grupo del sindicato se cohesionen.

Sin embargo, en la actualidad, dichas funciones se han visto sobrepasadas por las nuevas funciones que cumplen los convenios en la realidad societaria vinculada con la adquisición de empresas. Nuevas funciones que se ven incrementadas día a día y que se

36 SÁEZ LACAVE, “Los pactos parasociales de todos los socios en el derecho español”, art. cit., p. 6.

37 GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, “Los contratos parasocietarios y la contractualización del derecho societario”, en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Recuperado de <<http://bit.ly/2xunKV8>>; CAAMAÑO, Carlos R., “Sindicación de acciones”, en *Revista Electrónica de Derecho Comercial*. Recuperado de <<http://bit.ly/2fmPPHM>>, p. 13 y sgts.

derivan de las necesidades prácticas de los hombres de negocios, para usar la expresión de GARRIGUES, a lo largo del planeta, y que encuentran su sustento jurídico normativo en el principio de la autonomía privada.

- a) Así, por ejemplo, un convenio puede regular el *funcionamiento de los órganos* de la sociedad, tales como la junta, el directorio y la gerencia. En tal sentido, se podrán, (a) establecer quórums y mayorías diversas a las establecidas en el Estatuto, (b) especificar los deberes fiduciarios de los socios mayoritarios frente a los minoritarios, o los administradores frente a los socios, o (c) detallar obligaciones de la gerencia en cuanto a reportes de gestión u operaciones con vinculados, entre otros aspectos.
- b) Adicionalmente, puede regular determinados *compromisos de entrada*, tales como inversiones específicas, aumento de capital, no competencia, transferencia de activos o tecnología, régimen de prestaciones accesorias, entre otros. En tal sentido, los convenios pueden servir para establecer obligaciones a favor de la sociedad o reforzar la estructura patrimonial de la empresa. En el primer caso los socios pueden comprometerse a desarrollar determinadas actividades a favor de la sociedad superando de tal modo la limitación de no aportar "servicios" en los casos de sociedades de capitales, por ejemplo. Podría también darse el caso que a través de dichos pactos los socios amplíen el ámbito de su responsabilidad frente a los acreedores de la sociedad de modo tal de dar mayor seguridad a los financiadores, ya sea a través del cumplimiento "en lugar" de la sociedad o el cumplimiento directo. Asimismo, cabe la posibilidad de que se establezcan compromisos de emitir el voto de determinada manera a fin de no perjudicar a los acreedores como en el caso de conversión de obligaciones, por ejemplo.
- c) Además, se pueden incluir *compromisos de permanencia* tales como limitación a la transferencia de acciones o participaciones, derechos de preferencia en la transferencia, confidencialidad, política de dividendos, entre otras.
- d) Finalmente, se pueden establecer *compromisos de salida*, tales como mecanismos de salida a través de opciones explícitas como derechos opciones de venta o compra, opciones implícitas como derechos de *tag-along*, *drag-along*, *buy-sell*, esquema de valorización de acciones, participaciones o cuotas en caso de venta, separación o exclusión.

En general, el único límite de los convenios está dado por aquellos vinculados a la autonomía privada. En nuestro ordenamiento las cláusulas de preferencia para la adquisición de acciones o participaciones vienen ya dadas por la LGS para la sociedad anónima cerrada y la sociedad comercial de responsabilidad limitada, sin que dichas cláusulas no puedan ser incluidas en los convenios para sociedades como la sociedad

anónima que no tiene por defecto dicho tipo de cláusulas pero que por su configuración accionaria en nuestro país puede justificar dicha regulación.

Una consideración importante en el caso de adquisición de acciones a través de opciones es el referido al precio de transferencia de las mismas, sobre todo si se tiene en cuenta que en sociedades cerradas, no existe un "valor de mercado" de las mismas³⁸. En estos casos, podrá establecerse un precio determinado que podrá actualizarse periódicamente, vincular el precio al valor en libros de la sociedad o el mejor precio que un tercero esté dispuesto a ofrecer por las mismas, entre otras fórmulas.

No obstante lo anterior, la multiplicidad de funciones para las que pueden ser utilizados los convenios no impide realizar una consideración unitaria de la figura, ya sea desde el punto de vista de su función económica³⁹, o desde una óptica estrictamente jurídica, colocándolo como un ordenamiento paralelo al pacto social⁴⁰ (siempre con las limitaciones que hemos señalado).

9. CONTRATACIÓN EXTRAESTUTARIA O EXTRAREGLAMENTARIA: AMPLIANDO EL MENÚ

El desarrollo de los convenios en determinada realidad se determina por la propia regulación existente de modo tal que existe una combinación "ideal" entre contratación vía estatutaria, es decir, vía contrato de sociedad y acuerdos societarios, y vía extraestatutaria, a fin de que los socios puedan ver reguladas y programadas de manera razonables sus intereses.⁴¹

La autonomía privada, y su eterna lucha con el ordenamiento jurídico, se presenta en las sociedades de manera distinta ya sea que nos encontremos (i) en la etapa de la constitución de dichos vehículos legales, (ii) su desarrollo intra-organizativo (el cual se refiere a la toma de acuerdos societarios) y (iii) su desarrollo extra-organizativo.

38 SCHNEEMAN, *The law of corporations and other business organizations*, ob. cit., p. 380.

39 BOLOGNA, Francesca, *I patti parasociali nel diritto internazionale privato (Les pactes d'actionnaires en droit international privé)*, Tesi di dottorato, Università degli studi di Padova, 2009, p. 24.

40 *Ibid.*, p. 24.

41 Por ejemplo, SÁEZ LACABE, "Los pactos parasociales de todos los socios en el derecho español", art. cit., p. 12, señala que los pactos parasociales "(d)espertan suspicacias porque se les ve como instrumentos ideados para eludir o rebajar el orden creado por el sistema societario. Son pactos — se dice — que se caracterizan por su falta de publicidad y por su flexibilidad, siendo la inscripción registral y las reglas de modificación de estatutos dos firmes baluartes de la mayor calidad de los pactos societarios. Se teme, en efecto, que desde fuera torpedeen la coraza metálica del derecho de sociedades. Como reacción para combatirlos se ensayan dos estrategias en paralelo: la vía de la invalidez y la vía de la inoponibilidad."

En este último aspecto, podemos encontrar a los convenios societarios, mediante los cuales éstos últimos pueden regular de una manera mucho más adecuada sus relaciones extramuros de la sociedad.

En tal sentido, "(e)l grado de libertad estatutaria de la ley societaria —o a sensu contrario, de imperatividad normativa— determina también el volumen de los pactos parasociales. Entre nosotros lo que sucede es que como el contenido de los estatutos está limitado restrictivamente por ley, muchos de estos pactos que expresan la voluntad de los socios de reglamentar la organización y su funcionamiento, directamente no tendrían cabida dentro de los —relativamente— estrechos límites de los estatutos sociales tal y como se diseñan legalmente. Esta circunstancia, en principio, no tendría mayor trascendencia si la contratación parasocial de carácter organizativo fuera eficaz y desplegara los efectos programados en la sociedad, pero lo usual es que los ordenamientos que restringen la libertad contractual en materia societaria lo hagan interviniendo tanto la reglamentación estatutaria como la extraestatutaria."⁴²

La contratación mediante convenios contribuye a ajustar el modelo legal ofrecido por el legislador a las necesidades y exigencias de las partes contratantes. Sería imposible que un producto *estándar* como es el o los modelos de sociedad ofrecidos por el ordenamiento jurídico puedan cubrir todas las expectativas de los socios o las contingencias que puedan surgir en el devenir de la Sociedad. En tal sentido, la contratación privada de la Sociedad se descompone en dos tramos: la contratación estatutaria y la contratación extraestatutaria o parasocial.

Una combinación adecuada de uno u otro mecanismo permite satisfacer de una manera más adecuada lo requerido por los socios. Los referidos pactos tienen la función de "adecuar el esquema societario a la intención y a los intereses concretos de las partes y en tal sentido, en algún modo, de "personalizar" la disciplina del instituto."⁴³ "Normalmente el *intuitus personae* se revela en acuerdos parasociales, a través de los cuales se atenúan o se modifican los reflejos de la estructura capitalista del tipo escogido, pero tales acuerdos operan en las relaciones entre los socios y no indican sobre la sociedad, erigida como persona jurídica distinta de los socios y organizada sobre base capitalista"⁴⁴.

42 SÁEZ LACAVE, "Los pactos parasociales de todos los socios en el derecho español", art. cit., p. 8.

43 OPPO, Giorgio, "Le convenzioni parasociale tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società", en *Rivista di Diritto Civile*, n.º 6, Anno XXXIII, 1987, p. 518.

44 FERRI, Giuseppe, "La società di due soci", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno VI, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 609.

10. REGULACIÓN DE LOS CONVENIOS: VALIDEZ Y EFICACIA

10.1. Validez de los convenios: el dato positivo y la autonomía privada

Debido al carácter "secreto" de los convenios, algunos ordenamientos, como ya se vio anteriormente, los han proscrito de dos maneras. Una forma directa, al considerarlos inválidos por contrariedad a la misma norma que los prohíbe. Otra forma indirecta, a través de la ineficacia de los mismos. Tal vez a aquello se deba la imprecisión técnica en la que incurre la LGS en el art. 8 al señalar que una vez comunicados dichos convenios, éstos serán "*válidos ante la sociedad*" cuando lo indicado en este caso es señalar que una vez comunicados los mismos éstos serán "eficaces u oponibles frente a la sociedad". La falta de comunicación del convenio no priva de validez al convenio sino sólo de eficacia frente a la sociedad, la cual se presenta como un tercero en este caso.⁴⁵

Aquí debe tenerse en cuenta que los convenios forman parte del derecho de sociedades, siendo junto con el pacto social, el cual incluye al estatuto, y los acuerdos societarios, los instrumentos de los que se valen los socios para regular sus relaciones, correspondiendo al ordenamiento jurídico, por tanto, dotar de validez y eficacia a los mismos, dentro de los límites que se correspondan teniendo en cuenta el "ordenamiento (jurídico) societario" de cada sociedad en particular. En tal sentido, junto con la "dureza" del ordenamiento societario presente en los estatutos sociales, la cual representa, en muchos casos, un límite injustificado a la autonomía privada, no encontramos con la negativa o la dificultad en cuanto a los alcances de la eficacia de los convenios. Asimismo, "para valorar la validez y eficacia del acuerdo debe tomarse también en consideración la dependencia funcional del pacto parasocial respecto del contrato de sociedad en el que está llamado a influir. Como consecuencia de esta conexión, determinadas vicisitudes de la relación jurídico-societaria se proyectan sobre las relaciones derivadas del pacto parasocial, y las normas societarias pueden repercutir en el pacto parasocial."⁴⁶

45 La referida imprecisión también puede observarse en el art. 7 de la LGS cuando se refiere a que "La validez de los actos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro está condicionada a la inscripción y a que sean ratificados por la sociedad dentro de los tres meses siguientes. (...)." Si bien el presente supuesto reviste mayor complejidad ya que no queda claro si en este caso nos encontramos ante una sociedad en formación (es decir, la no inscrita pero constituida) o aquella que se constituirá, si hay que observar que el hecho de que la Ley de Sociedades haya señalado que el negocio que "sana", en sentido lato, el acto celebrado antes de la inscripción de la sociedad es la ratificación es una muestra clara que el referido negocio (i) no puede ser más que uno válido, o en todo caso "relevante" o "existente", para seguir a la tradición jurídica, y (ii) que en el caso no fuera uno válido debido a que al momento de su celebración hubiera concurrido una causal de nulidad o anulabilidad, la ratificación no tiene como función "sanar" el negocio de dicha causal sino sólo legitimar de manera retroactiva la celebración del negocio "en nombre" de la sociedad.

46 PÉREZ MILLÁN, David, "Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación de acuerdos

A efectos de juzgar la validez de los convenios debemos tomar en cuenta que los mismos constituyen negocios jurídicos por lo que deberán regirse por las normas aplicables a todos los negocios jurídicos establecidas en el CC. Sin embargo, queda la duda sobre la validez de algunas estipulaciones derivadas de la propia naturaleza del convenio como negocio vinculado a los estatutos o más en general al ordenamiento societario. Así por ejemplo, el profesor PAZ-ARES ha señalado que "(l)a cuestión que abordamos es, como decía, una cuestión de grado. El hecho de que se admita la validez general de los pactos parasociales no significa que todos los acuerdos que puedan imaginar los socios hayan de considerarse lícitos. El contenido concreto del pacto y la finalidad que lo motiva tienen que ser examinados en cada caso a la luz de las reglas generales del derecho de las obligaciones limitativas de la libertad contractual de las partes (v. arts. 6 y 1255 CC). El problema fundamental se plantea con las limitaciones específicas del derecho de sociedades y, en concreto, con las normas imperativas contenidas en la legislación de anónimas y en la legislación de limitadas ahora refundidas en la Ley General de Sociedades de Capital."⁴⁷

La verdad es que al igual que la autonomía privada los convenios sólo deberían conocer los límites que de manera *expresa* haya prescrito el ordenamiento jurídico, debido a que como "pura creación de la práctica, la figura de los pactos parasociales no es idónea para encuadrarse en contornos definidos sino que comprende en su interior una gran variedad de acuerdos y cláusulas"⁴⁸. Y mucho más cuando se trata de la adquisición de una empresa en la cual los motivos de las partes pueden ser de variada índole. En tal sentido, el contenido de los mismos puede ser regulado por los privados de la forma que más convenga a sus intereses no estando limitados por su "tipo" a determinado tipo de prestaciones, pudiendo converger en el mismo todas las que cumplan con los requisitos generales de posibilidad física, patrimonialidad, licitud y determinabilidad.

No presentando el problema de validez en nuestro ordenamiento no queda más que pasar a examinar los alcances de la eficacia de los convenios, tomando en cuenta la realidad normativa existente. No obstante, no debe dejar de señalarse que incluso en ausencia de una norma como la señalada en el art. 8 de la LGS, los pactos señalados anteriormente hubieran tenido total y plena validez y eficacia entre los socios, los terceros y la sociedad. Aquello en utilización de las herramientas usuales que nos ofrece el ordenamiento jurídico tales como la cesión de derechos, cesión de posición contractual,

sociales por incumplimiento de pactos sociales", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 117, 2010, pp. 243-244.

47 PAZ-ARES, Cándido, "La validez de los pactos parasociales", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, 2011, p. 252.

48 BOLOGNA, *I patti parasociali nel diritto internazionale privato*, ob. cit., p. 23.

contrato a favor de tercero, promesa de la obligación del hecho o el cumplimiento de la obligación de un tercero, entre otros. Y más en general, su sustento último reposa en la autonomía privada.

10.2. Ineficacia de los convenios: el dato positivo y la incertidumbre

ELÍAS LAROZA señala que el art. 8 de la LGS “(i)ncluye todos los convenios que puedan celebrarse entre socios y todos los que se acuerden entre socios y terceros, siempre y cuando y en todo aquello que tenga relación con la sociedad o 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.”⁴⁹ Si bien puede compartirse la opinión de que los convenios sirven para regular una multiplicidad de situaciones, tal como ya se ha señalado aquí, no es posible indicar, en mi opinión, que este tipo de convenios sean en todo caso oponibles a la sociedad, incluso en caso de haberse producido comunicación a aquella.

Por otro lado, debe quedar claro que la sociedad queda obligada, o tal como señala la LGS “le son exigibles”, una vez que el contenido del convenio le sea comunicado. En estos casos a pesar de que la sociedad no sea parte en los referidos convenios (aunque muy bien podría serlo como interviniente a efectos de “*tomar conocimiento de lo acordado y obligarse en cuanto le fuera pertinente*”) una vez que se le haya comunicado de manera debida a ésta le son exigibles, en cuanto le concierna, lo acordado por los socios o por éstos y terceros. Asimismo, no debe descuidarse el hecho de que sea la propia Sociedad la que celebre un acuerdo con los socios, en calidad de contraparte.

Además, debe tenerse en cuenta que los derechos que se adquieren y las obligaciones a las que se comprometen los socios a través del convenio no constituyen derechos reales sobre las acciones, participaciones o cuotas de participación⁵⁰, motivo por el cual, un adquirente de buena fe de dichos bienes no se encontraría obligado en los términos estipulados en el convenio, por otro lado, a efectos de destruir la buena fe del nuevo adquirente será necesario que el convenio haya sido anotado en la Matrícula de Acciones de la sociedad, inscrito en el Registros Públicos (en el caso de la sociedad comercial de responsabilidad limitada), o anotado en el Registro Contable de la Institución de Compensación y Liquidación, en el caso de que las acciones o cuotas hayan sido desmaterializadas.

49 ELÍAS LAROZA, Enrique, *Derecho societario peruano*, Trujillo: Normas Legales, 2002, p. 31.

50 Recuérdese que los derechos reales constituyen *numerus clausus* según lo señalado en el art. 881 del CC.

Sin embargo, es usual que se pacte en los convenios que el ingreso de un nuevo socio, siempre que sea permitido, estará supeditado a que el mismo se comprometa a cumplir con todas las obligaciones que tenía su anterior transferente a efectos de que las demás partes del convenio no se vean afectadas con el ingreso de una nueva parte contractual. No obstante, las partes originales tienen toda la libertad para dejar sin efecto el convenio previamente celebrado y suscribir uno nuevo con el nuevo socio. Al respecto se ha señalado que "(e)l vínculo parasocial tiene por esto naturaleza personal: y por esto ni la terminación de la cualidad de socio determina la disolución del vínculo parasocial por este asumido (salvo que se haya pactado de manera diversa), ni el adquirente de una participación dada la no inherencia del vínculo parasocial a la misma- se encuentra vinculado a la eficacia del pacto del cual es o era parte el transferente (salvo que, respecto a la adhesión del pacto, intervenga el encuentro de las voluntades entre el adquirente de la participación social y los otros del pacto)."⁵¹ Obviamente todo lo anterior dependerá del tipo de obligación, ya que si la misma es personalísima no se admitirá dicho acuerdo con el nuevo socio.

En tal sentido, es claro que con la normativa actual los convenios son eficaces frente a la sociedad quedando por determinar solamente cuales son los alcances de dicha eficacia. Ahora bien, aquí debe tenerse en cuenta si dicha obligatoriedad de la sociedad a lo convenido por los socios tiene alguna limitación. A dichos efectos debe separarse aquellos convenios que hayan sido tomados por *algunos* socios y los que hayan sido tomados por *todos* los socios. Lo anterior dependerá mucho de la estructura de la adquisición de la sociedad respectiva, el grado de concentración de propiedad que pueda existir y el consenso de los accionistas de la sociedad objetivo, entre otros factores.

10.2.1. La ineficacia de los convenios en los casos de participación de todos los socios

Los límites de la eficacia de los convenios parecerían ser menores en aquellos casos en los que existe una identidad subjetiva plena entre los socios y las partes del convenio. En este caso, parecería que el contenido íntegro de dicho convenio es oponible en un cien por ciento frente a la sociedad, así como frente a los demás socios. En España, por ejemplo, a efectos de dotar de plena eficacia a éste tipo de convenios se ha recurrido a nociones como la del levantamiento del velo societario, la ficción de que el convenio se configura como una junta universal de socios, o, a la siempre *dúctil* buena fe.⁵²

51 RESCIO, Giuseppe Alberto, "Patti parasociali", en *Il Diritto, Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, diretta da Prof. Avv. Salvatore Patti, vol. 11, Milano: Il Sole 24 Ore, 2007, p. 20.

52 PAZ-ARES, "El *enforcement* de los pactos parasociales", art. cit., pp. 33 y ss.; MARTÍN DE VIDALES y SAMPEDRO, "Los pactos de accionistas: contenido, fines y eficacia", art. cit., p. 27.

No obstante aquello, y a pesar de las bondades que aquella interpretación apareja a fin de reducir el oportunismo contractual me parece que el segundo párrafo del art. 8 de la LGS es (infelizmente) claro al señala que “(s)i 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.” En tal caso, ante un incumplimiento de lo señalado en el convenio donde haya intervenido todos los socios sólo quedará la vía de la responsabilidad contractual por equivalente o las penalidades que se hubieran establecido en dichos convenios, no siendo (lamentablemente) oponible el convenio frente a la sociedad.⁵³

Lamentablemente, como ya señalé, una disposición como aquella, incentiva comportamientos oportunistas con todas las consecuencias que aquello acarrea, llegando al ilógico en que a pesar de que los socios son las mismas partes del convenio este pueda ser incumplido amparado en la norma antes señalada. Aquí podrá señalarse que no es posible que los socios modifiquen el pacto social sin que se recurran a las formalidades, registrales en un caso y regulatorias en el otro. Sin embargo, una aseveración tan importante como la anterior debería ser matizada con lo siguiente:

- a) En primer lugar, la eficacia final de los convenios, en este caso, debe estar sujeta a que los mismos no dañen antijurídicamente a terceros, sobretodo en el caso de las sociedades, en donde el Registro Público cumple un rol importante en la publicitación de diversos temas que pueden afectar a terceros acreedores, sobretodo. Si es que no se daña a nadie no debería haber razón para que el convenio sea plenamente oponible a la sociedad y las partes.
- b) Una cuestión importante es dejar en claro que uno de los límites de los convenios será el “interés social”⁵⁴ debido a que no parece apropiado proteger a todos o determinados socios, o aquellos de manera conjunta con terceros, que contratan a efectos de dañar a la sociedad.

53 Una cuestión poco debatida en nuestro medio pero de suma importancia es establecer si con arreglo a los convenios se puedan proceder a impugnar Acuerdos Societarios. Al respecto véase: PAZ-ARES, “El *enforcement* de los pactos parasociales”, art. cit., pp. 37 y ss.; PÉREZ MILLÁN, David, “De la posible impugnación de acuerdos sociales por infracción de pactos parasociales”, en *Jornada Internacional “Reflexiones sobre la Junta General de las Sociedades de Capital”*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 2009. Recuperado de <<http://bit.ly/2wMEhQn>>; PÉREZ MILLÁN, David, “Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento de pactos sociales”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 117, 2010; RUIZ-CÁMARA y TORREGROSA, “Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los pactos parasociales (A propósito de las SSTs de 6 de marzo de 2009)”, art. cit.

54 TRIOLLO, Ignacio Luis, “Cumplimiento y oponibilidad de los denominados ‘pactos de socios’, propuestas para una futura reforma de la Ley de Sociedades”, en *Derecho comercial y de las obligaciones*, 2011, p. 14. Recuperado de <<http://bit.ly/2fGdHTk>>.

10.2.2. La ineficacia de los convenios en los casos de participación de algunos socios y de terceros

Aquí tenemos los siguientes ejemplos como casos en los cuales los intervinientes en el Convenio no son todos los socios o incluso se han suscrito los mismos con terceros:

- a) En los casos en los que nos encontremos ante un “convenio de atribución” (realizar determinado aporte, prestar determinado servicio, donar un bien determinado, etc.) y éste hubiera sido comunicado a la sociedad, los mismos podrán, sin lugar a dudas, exigir del obligado, sea un socio, e incluso un tercero, la prestación o conducta prometida, en atención a las normas de los contratos a favor de terceros, siendo en este caso la sociedad el tercero beneficiario.
- b) Asimismo, en casos de “convenios de relación”, en los cuales los socios se hubieran comprometido mutuamente a realizar determinada actividad vinculada con la Sociedad a favor de otro socio o tercero, como por ejemplo, el pago de una suma dineraria a ser obtenida con el pago previo de un dividendo, el otorgamiento de determinada opción de compra o derecho de suscripción preferente ante aumentos de capital, etc. El socio beneficiario de dicha atribución patrimonial podría reclamar ante la sociedad, siempre que se hubiera comunicado el convenio, haciendo uso de las herramientas civiles de la cesión de derechos, cesión de posición contractual o la denominada acción subrogatoria.
- c) Finalmente, y a diferencia de los convenios celebrados por todos los socios, en aquellos casos en los que nos encontremos ante un “convenio de organización”, no será procedente buscar un mecanismo a fin de hacer oponible el mismo frente a la Sociedad, por ejemplo, en aquellos casos en los que algunos de los socios se hayan comprometido a tomar Acuerdos con determinado quórum de asistencia o votación, no podrán imponerse dichas normas a todos los demás socios, siendo la única vía idónea para poder resguardar sus derechos la ejecución por equivalente de dichas obligaciones.

En general podría indicar que aquellos convenios en los que no participan todos los socios o en los que un tercero interviene serán oponibles a la sociedad, o la misma podrá beneficiarse de sus efectos, en aquellos casos en los que las herramientas jurídicas del derecho civil permitan supuestos en los que partes no originales o sujetos legitimados puedan hacer valer pretensiones frente a la sociedad, o éste, en virtud de dicha calidad también pueda hacerlas valer frente a socios o terceros.

11. PALABRAS FINALES: CONVENIOS, OPORTUNISMO CONTRACTUAL Y REALIDAD SOCIETARIA

Luego de haberse estudiado los principales aspectos de los convenios societarios no cabe más que señalar que la regulación de los mismos constituye “uno de los flancos

más débiles de la ordenación privada de la vida societaria”⁵⁵. Si bien, la inclusión de los mismos, en la LGS, el reconocimiento de su validez y de su eficacia, con las particularidades aquí señaladas pero no definidas en la LGS, representa un gran avance, a nivel de legislación comparada, la exigua regulación existente no contribuye a eliminar la incertidumbre jurídica en torno a la exigibilidad de los mismos, los alcances de su oponibilidad, entre otros aspectos, ya mencionados en el presente trabajo. Lo anterior hace que en muchos casos las partes en el marco de una operación de adquisición de empresas deban destinar recursos y tiempo a poder resguardarse adecuadamente ante determinadas incertidumbres así como a recurrir en una fase patológica del convenio societario a comportamientos oportunistas.

Como bien lo ha advertido SÁEZ LACAVE en España, “el riesgo más grande de dar la espalda a la realidad en este ámbito, más allá de las ineficiencias y los costes que comporta, es del oportunismo”⁵⁶. La vaguedad de la regulación puede traer aparejada la existencia de incumplimientos estratégicos o comportamientos reñidos con la buena fe, situaciones que se manifiestan como intolerables dentro del derecho y que, además, traen como consecuencia la pérdida de confianza en el sistema, lo cual redundará en la elevación de los costos de transacción. “Cuando los riesgos de la litigación no pueden ser previstos con cierta confianza, es de suponer que las partes se abstendrán de involucrarse en actividades socialmente productivas, o tomarán excesivas y costosas precauciones para reducir su riesgo. Es más, el hecho de que las reglas jurídicas comporten un alto coste administrativo es ya una buena razón para hacernos reflexionar seriamente sobre su racionalidad.”⁵⁷

Considero que respecto de la regulación societaria en materia de convenios (y en general) debe existir mayor libertad para poder pactar cláusulas a la medida de los interesados, siempre bajo el respecto de los límites clásicos de la autonomía privada y del resguardo de los derechos de terceros. En buena cuenta se debe respetar la realidad societaria la cual, por su propia naturaleza, siempre es dinámica y cambiante, buscando satisfacer el interés de sus participantes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús

2005 “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*.

55 SÁEZ LACAVE, “Los pactos parasociales de todos los socios en el derecho español”, art. cit., p. 3.

56 *Loc. cit.*

57 *Loc. cit.*

AYRES, Ian y Robert GERTNER

- 2003 "Cubriendo vacíos en contratos incompletos: una teoría económica sobre reglas supletorias", en *Themis*, segunda época, n.º 47.

BOLOGNA, Francesca

- 2009 *I patti parasociali nel diritto internazionale privato (Les pactes d'actionnaires en droit international privé)*, Tesis de doctorado, Università degli studi di Padova.

CAAMAÑO, Carlos R.

- "Sindicación de acciones", en *Revista Electrónica de Derecho Comercial*. Recuperado de <<http://bit.ly/2fmPPHM>>.

CHEMLA, Gilles, LJUNGQVIST, Alexander y Michel A. HABIB

- 2007 "An analysis of shareholder agreements", en *Journal of the European Economic Association*, vol. 5, Issue 1.

EASTERBROOK, Frank H. y Daniel R. FISCHEL

- 2001 "Contrato y obligación fiduciaria", en *Derecho & Sociedad*, n.º 17.

ELÍAS LAROZA, Enrique

- 2002 *Derecho societario peruano*, Trujillo: Normas Legales.

FERRI, Giuseppe

- 1952 "La società di due soci", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno VI, Milano: Dott. A. Giuffrè.

GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter

- "Los contratos parasocietarios y la contractualización del derecho societario", en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Recuperado de <<http://bit.ly/2xunKV8>>.

HANSMANN, Henry y Reiner KRAAKMAN

- 2003 "El rol esencial del derecho de las organizaciones", en *Themis*, segunda época n.º 46.

HART, Oliver

- 1988 "Incomplete contracts and the theory of the firm", en *Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 4, n.º 1.

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo

- 1998 "Reglas aplicables a todas las sociedades", en *Estudio a la Nueva Ley General de Sociedades*, Lima: Palestra.

INTERDONATO, Angelo

- 2010 "Validità e opportunità di un accordo parasociale nella SRL", en *Diritto e Pratica delle Società*, n.º 11/12.

LA PORTA, Rafael, LOPEZ DE SILANES, Florencio y Andrei SHLEIFER

- 1999 "Corporate ownership around the world", en *The Journal of Finance*, vol. LIV, n.º 2.

MARTÍN DE VIDALES GODINO, Mónica y Antonio SAMPEDRO MARTÍN

- 2008 "Los pactos de accionistas: contenido, fines y eficacia", en *Revista Española de Capital de Riesgo*, n.º 1.

MONATERI, Pier Giuseppe

- 2004 "Reformulando la noción de contrato: hacía una visión antagónica del contrato", en *Themis*, n.º 49.

MOREIRA RODRIGUES, Pedro Paulo

- 2009 "A execução específica dos acordos de acionistas", Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, FMDC.

NAVARRETE PÉREZ, Joe

- 2008 "Invalidéz de acuerdos societarios", en *Revista Jurídica del Perú*, n.º 93, Lima: Gaceta Jurídica.

OPPO, Giorgio

- 1987 "Le convenzioni parasociale tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società", en *Rivista di Diritto Civile*, n.º 6, anno XXXIII.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

Principios de Buen Gobierno Corporativo de la OECD. Recuperado de <<http://bit.ly/2xt4U0z>>.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido

- 2003 "El *enforcement* de los pactos parasociales", en *Actualidad Jurídica Uría e Menéndez*, n.º 5.

- 2004 *El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor*, Bogotá: Bolsa de Valores de Colombia.

- 2011 "La validez de los pactos parasociales", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada.

PÉREZ MILLÁN, David

- 2009 "De la posible impugnación de acuerdos sociales por infracción de pactos parasociales", en *Jornada Internacional "Reflexiones sobre la Junta General*

de las Sociedades de Capital”, Ilustre Colegio Notarial de Madrid. Recuperado de <<http://bit.ly/2wMEhQn>>.

- 2010 “Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento de pactos sociales”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N.º 117.

RESCIO, Giuseppe Alberto

- 2007 “Patti parasociali”, en *Il diritto, enciclopedia giuridica del sole 24 ore*, diretta da Prof. Avv. Salvatore Patti, vol. 11, Milano: Il Sole 24 Ore.

RUIZ-CÁMARA, Javier y Elena TORREGROSA

- 2009 “Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los pactos parasociales (A propósito de las SSTs de 6 de marzo de 2009)”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 24.

SÁEZ LACAVE, María Isabel

- 2009 “Los pactos parasociales de todos los socios en el derecho español”, en *InDret, Revista para el análisis de Derecho*, Recuperado de <<http://bit.ly/2xtyFOz>>.

SALAS SÁNCHEZ, Julio

- 2008 “Los convenios de accionistas en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad”, en *Ius et Veritas*, n.º 36.

SALOMÃO FILHO, Calixto

- 2002 *O novo direito societário*, 2.ª ed., Malheiros Editores.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan

- 2007 *Los pactos parasociales anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Transparencia*, documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense.

SCHNEEMAN, Angela

- 2010 *The law of corporations and other business organizations*, USA: Delmar Cengage Learning.

TRIOLO, Ignacio Luis

- 2008 “Cumplimiento y oponibilidad de los denominados ‘pactos de socios’, propuestas para una futura reforma de la Ley de Sociedades”, en *Derecho comercial y de las obligaciones*. Recuperado de <<http://bit.ly/2fGdHTk>>.