

Universidad de Lima
Escuela de Posgrado
Maestría de Derecho Empresarial



LOS PACTOS PARASOCIETARIOS: ENTRE UN ADECUADO MARCO DE AUTORREGULACIÓN Y LOS PELIGROS DE ESTA

Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho
Empresarial

Luis Antonio Rocca Urrutia

Código 20142500

Lima – Perú

Agosto, 2016





**LOS PACTOS PARASOCIETARIOS: ENTRE
UN ADECUADO MARCO DE
AUTORREGULACIÓN Y LOS PELIGROS
DE ESTA**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: ASPECTOS PRELIMINARES	8
1.1.Definición	8
1.2.Antecedentes.....	12
1.3.Naturaleza Jurídica	13
1.4.Presupuestos de Procedibilidad	14
1.5.Características.....	17
1.6.Modalidades.....	18
1.7.Clases.....	19
CAPÍTULO II: DEL PROBLEMA Y SUS REMEDIOS.....	22
2.1.Planteamiento del Problema	22
2.1.1.Comunicación de los Pactos Parasociales a la Sociedad:.....	22
2.1.2.Límites y Alcances de los Pactos Parasociales:.....	23
2.1.3.Eficacia de los Pactos Parasocietarios	27
2.1.4.Como Garantizar el Cumplimiento de los Pactos Parasocietarios	30
2.2.La Autorregulación y los Pactos Parasocietarios	31
2.3.Problemas Que Generan Los Pactos Parasocietarios	33
2.4.Tratamiento En El Derecho Comparado	39
2.4.1.España:.....	39
2.4.2.Chile:	40
2.4.3.Derecho Anglosajon: Estados Unidos	41
CONCLUSIONES	43
RECOMENDACIONES	45

INTRODUCCIÓN

Comprender un mundo altamente cambiante requiere de una adaptación constante a las circunstancias y especialmente al cristal con que se le mire. Lo que un día significaba o valía algo, al día siguiente ya no es lo mismo. Es por eso que el viejo y gran Estado no alcanzan a comprender ni regular las relaciones socio-económicas de acuerdo a la velocidad vertiginosa con que van cambiando.

La presente investigación, parte de la problemática de la ineficiencia del estado y la búsqueda de nuevas formas de regulación de la sociedad, sin verse detenidas por la burocratización de los trámites y la corrección de los vicios en el tráfico jurídico. Es frecuente que se considere la intervención estatal, mediante la intervención administrativa, como una forma de regulación. Lo cual es cierto, pero no es la única forma de regulación. La principal forma de regulación de relaciones entre particulares ha sido el contrato.

Los temas desarrollados en este trabajo, toman como base la transformación de las relaciones estado-sociedad-individuo. Tradicionalmente han tenido a la supremacía del estado sobre la sociedad y el individuo. El Estado desde la aparición de los estados nacionales modernos con el fin del feudalismo en occidente, ha venido incrementando el monopolio del ejercicio del poder, hasta que poco a poco tras la aparición de organismos internacionales, la caída del muro de Berlín y el proceso de globalización ha ido retrocediendo, entrando en un declive que no tiene precedentes los últimos 600 años.

La posmodernidad ha traído consigo una pérdida de confianza ante las instituciones tradicionales como el estado, los "grandes relatos de la modernidad" y la primacía moral del estado se ha desvanecido al constatarse la incapacidad del mismo para liderar un proyecto de justicia social donde la insensibilidad, el despilfarro y la corrupción no sean parte de éste.

La relativización del conocimiento, el pensamiento débil y una especie de escepticismo, aleja la imagen del estado fuerte y unificado, de los partidos políticos y las diversas ideologías, primando un pragmatismo propio de la economía, es por eso que las teorías del análisis económico, en nuestro caso del derecho tienen tanto se ha

mostrado que el estado incluso, a la ciencia, se le dificulta cumplir con ofrecer seguridad de los ciudadanos frente a los riesgos de las nuevas tecnologías, el cambio climático y las crisis económicas. Ya no es posible confiar en el cumplimiento de la ley y en la protección del Estado. Asimismo, la confianza en estas mismas estructuras que ahora se ven debilitadas, con sus métodos clásicos de actuación que se vuelven rápidamente ineficaces para conseguir la ejecución sus mandatos, mientras que día a día los cambios se suceden tan vertiginosamente.

El Estado todopoderoso, aquel Leviatán que controlaba todo ahora es cuestionado. Tanto la globalización como los procesos de regionalización, de la mano con el reconocimiento de espacios para que la sociedad se autorregule, gracias al triunfo de las ideas neoliberales y la caída de los grandes relatos como en algún momento mencionara el filósofo francés Derridá, el Estado ha retrocedido ante la primacía de la economía, la cual requiere en el neoliberalismo, de libertad de movimientos. Con la caída del Bloque Soviético y la apertura de China el mundo ha desarrollado muchos espacios a tal velocidad, que el Estado no ha crecido de la misma forma.

El mismo Estado nacional parece perder fuerza en el concepto clásico de soberanía ante la formación del derecho supraestatal, incorporando un soft law formado por derecho consuetudinario, contratos, títulos valores y usos comerciales de carácter ecuménico, donde poco a poco el poder se va trasladando a las grandes corporaciones.

El Estado muchas veces es lento y poco capacitado para resolver la dinámica de los negocios modernos y es por ello que surgen espontáneamente forma de autorregulación que son necesarias para la solución de conflictos jurídicos y empresariales en el mercado, para garantizar la transparencia, la seguridad jurídica, el cumplimiento de los contratos, su ejecutabilidad y la aplicación de justicia efectiva de la misma.

Es de resaltar la importancia de la autorregulación, que realmente es un fenómeno que forma parte de otro de mayor relevancia, el control en las empresas, hecho que surge en la economía moderna con la participación de las empresas en el mercado y la defensa de los intereses particulares.

La autorregulación describe una serie de relaciones jurídicas y económicas entre la administración y particulares; y entre estos últimos entre sí, así como el aumento de la capacidad de decisión y de regulación de los sujetos privados en temas que les son

pertinentes. Siendo esto un tema muy amplio, queremos circunscribirnos específicamente a lo que los pactos parasocietarios o parasociales, aportan en dicho sentido, dándole un gran dinamismo y agilidad a las decisiones empresariales y a los distintos intereses.

En estos pactos se regulan situaciones como la participación de socios inversores, determinación de objetivos, sindicación de votos, asignación de ganancias en situaciones particulares de la empresa, más allá del porcentaje accionario; adquisición y venta de acciones, así como restricciones a la transmisión de estas, establecimiento de obligaciones de financiamiento o contratación con la sociedad, distribución de cargos, etc.

Como se puede ver, estos pactos son de gran utilidad, pero también pueden tener desventajas y arrojan una problemática que podría otorgar desconfianza a algunos, y tal vez cierta inseguridad a los socios que se encuentren "por fuera".

Nuestro objetivo es tratar de analizar las ventajas desventajas y posibles beneficios, riesgos y peligros de los mismos, para que la velocidad del tráfico jurídico empresarial sea ante todo, seguro.

CAPÍTULO I: ASPECTOS PRELIMINARES

1.1. Definición

Los pactos parasocietarios son convenios celebrados entre accionistas o entre estos y terceros, y se realizan en paralelo a la vida de la sociedad, pues pretenden regular los aspectos no previstos por la ley, el contrato de sociedad y los estatutos.

Es importante resaltar a los pactos parasocietarios, pues al constituir acuerdos privados complementarios a las reglas que la ley, el contrato de sociedad y los estatutos sociales establecen, son utilizados como instrumentos para fijar las políticas de actuación conjuntas respecto de sus tenencias accionarias, aunque no solo regulan eso, pues también son utilizados como reguladores de las relaciones de los accionistas con la misma sociedad y con los terceros, lo cual es un gran beneficio para la misma sociedad.

Cabe precisar también que en nuestro territorio estos pactos se encuentran permitidos por el legislador desde la puesta en vigencia de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, que actualmente se encuentran regulados en su artículo 8°.

Actualmente son muchas las denominaciones empleadas por la doctrina para referirse a los pactos parasocietarios, por lo que alternaremos entre ellas:

- Acuerdo parasocial
- Acuerdo parasocietario
- Sindicación de acciones
- Sindicación de accionistas
- Contrato parasocial
- Contrato extrasocietario
- Convenio parasocietario
- Convenio parasocial
- Pacto Parasocial
- Pacto Parasocietario

Como se puede apreciar existen una gran variedad de denominaciones para referirnos al tema elegido, siendo a criterio de la presente tesina el mejor término el de “pacto parasocietario” o “pacto parasocial”, debido a que la palabra pacto en el derecho actual es utilizado por el legislador para alternar la palabra contrato, y quizás más aun como la de cláusula de este (Cabanellas de las Cuevas, 2008, p. 6.), dando de esta manera al pacto un carácter accesorio al contrato, y siendo la institución sometida a estudio accesoria al pacto social, pues de no existir el segundo no se podría hablar de la existencia del primero, es que el termino correcto a emplearse es la palabra pacto; respecto al termino parasocial o parasocietario este hace referencia al paralelismo en que se realizan estos pactos con la sociedad.

En la actualidad también es muy aceptada por la doctrina la acepción convenio al ser también una referencia al contrato.

Respecto a la sindicación de acciones o sindicato de accionistas es necesario aclarar que es una subespecie del pacto parasocietario, pues el sindicato de accionistas no es otra cosa que la organización de un grupo de accionistas que se organiza para ejercer su derecho a voto, pero no siempre los pactos parasocietarios versan sobre el ejercicio del derecho de voto.

Es de verse que estos pactos generan en la doctrina una diversidad de definiciones, entre las cuales las más resaltantes son las siguientes:

Para el para el profesor español Cándido Paz – Ares los pactos parasociales son los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen (Paz – Ares, 2008. p. 14.).

En palabras de Uría García (1992), quien al referirse a los pactos para el ejercicio del derecho a voto señala que:

En la sociedad anónima moderna, los pactos sobre el voto se suelen establecer con la finalidad primordial de conseguir un influjo estable y seguro en la marcha de la sociedad, consolidando una mayoría que imponga su criterio en las juntas y que garantice la estabilidad de la administración; otras veces sin embargo, sirven para agrupar a accionistas de escasa participación social y tutelar así, mediante la combinación de sus votos, el interés de las minorías. Estos pactos van unidos de ordinario a los llamados sindicatos de accionistas, que agrupan a todos o a una parte de los socios para someterlos a una disciplina común en el ejercicio del derecho de voto.

Se trata de pactos que anteriormente suscitaron fuertes reticencias jurídicas (básicamente por entenderse que privaban a los socios de la libertad de voto), pero cuya validez y licitud no son, actualmente, objeto de discusión (p. 170).

De igual forma para Hugo Richard (1997), los contratos parasociales, denominándose así esos contratos por encontrarse fuera del ordenamiento social, al surgir de acuerdos al margen del contrato social, pero que viven a la sombra de la sociedad, y presuponen su existencia; constituyen un particular fenómeno de la práctica societaria, dirigidos a la integración y a veces a la superación del ordenamiento legal o estatutario de las relaciones sociales, con vínculos individuales asumidos por los socios entre sí, o frente a la sociedad, o frente a terceros, que no tienen como fuente la ley o el estatuto, sino que derivan de acuerdos distintamente concluidos y de ahí extraños a la regulación social (si bien accesorios a ella) de las relaciones internas de la sociedad (p. 489.).

El mismo profesor agrega, los socios, sin desnaturalizar las funciones o responsabilidades de los órganos de administración, pueden formalizar contratos de administración donde se resguarden los intereses de mayorías, minorías o grupos y se fijen ciertas pautas de la administración que no pueden contrariar el estatuto o la ley.

La figura presupone necesariamente concertaciones parasociales que comprometen a los concertantes a actuar de una determinada forma en relación a sus participaciones accionarias, o a votar en las asambleas en la forma pactada, ya sea para lograr el control ejecutivo de la sociedad – sindicación con fines de mando – o evitar la dispersión de las acciones – sindicación de bloqueo. (Hugo Richard, 1997. p. 490.).

Como es de apreciarse en las definiciones hasta ahora citadas, cada tratadista le da una característica particular a los pactos parasociales; para algunos estos pactos tienen un carácter netamente contractual mientras que para otros son convenios que están estrechamente vinculados con la definición de sindicación de acciones.

En la doctrina nacional, los pactos parasociales fueron denominados en un primer momento, por la mayoría de tratadistas, como sindicato de acciones o sindicato de accionistas, esa es la denominación con la que identifican a esta institución muchos de los miembros de la Comisión Redactora de la vigente Ley General de Sociedades.

En ese sentido, tenemos la definición dada por Montoya Manfredi (2004), quien en la doctrina nacional es utilizado como un referente en este tema y para quien los sindicatos de accionistas, denominados también consorcios, ententes, coaliciones, acuerdos, convenios y otras expresiones con el mismo significado, según los distintos

países y autores, son organizaciones formadas entre los accionistas de la sociedad anónima, vinculados para hacer uso, de común acuerdo, del derecho de voto que les corresponde. La organización acordada les permite tomar acuerdos fuera de la junta general, que según lo establecido en la ley, es su lugar natural para su decisión, incluso votando fuera de ella, tratándose de los pactos de sindicación de voto, para cumplir los acuerdos convenidos que no deban ser tratados en juntas generales, cuando corresponda, en el caso de otros pactos de sindicación, como pueden ser de bloqueo o financieros (p 217.).

A su vez, a criterio de Beaumont Callirgos (2002), miembro de la Comisión Redactora, el convenio de sindicación de acciones o sindicato de accionistas no se trata, necesariamente por lo menos, de la defensa de los intereses de la sociedad, lo que el sindicato persigue, es defender los intereses de los accionistas que lo forman es decir, con el fin de fortalecer la posición de los firmantes frente a la administración de la sociedad; o de estar en condiciones de resistir de manera más efectiva las posiciones que otro grupo con mayor peso en la sociedad quisiera hacer prevalecer. Se trata de un acto en el que intervienen una pluralidad de sujetos accionistas de una sociedad. El objetivo que se persigue es sumar acciones representativas del capital para obtener una capacidad mayor. No se trata entonces, por esencia de un contrato bilateral en que las partes intercambian prestaciones. (p. 57)

En ese sentido tenemos la importante definición dada por otro miembro de la Comisión Redactora de la Ley General de Sociedades, Elías Laroza (2002), para quien los sindicatos de accionistas, pactos de sindicación de acciones o pactos entre accionistas son todos los convenios que puedan celebrarse entre socios y todos los que 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. (p. 31)

Para Roselló de la Puente (1989), el convenio de sindicación de acciones o sindicato de accionistas, no es otra cosa que un contrato celebrado entre la pluralidad de sujetos, accionistas de una sociedad, con el fin de proteger sus intereses en la sociedad frente a otros accionistas o grupos de accionistas. En suma, se trata del acuerdo que alcanzan varios accionistas con la finalidad de actuar como bloque asegurando de esta forma una representación más significativa que las que podría tener en caso de actuar

aisladamente. La suma de la acciones de esta grupo de acciones, convertirá a este bloque en un grupo con unas capacidad de decisión o de defensa que no existiría si la sindicación no se hubiese logrado (p. 777.).

Como es de verse hasta aquí, que las definiciones de nuestros juristas miembros de la Comisión Redactora de la Ley General de Sociedades, son básicamente de sindicación de acciones, pues en el momento de la redacción de la vigente ley societaria los problemas se daban básicamente en el ejercicio del derecho de voto; con el tiempo ya no solo había problemas con el ejercicio del derecho a voto, sino con la regulación con los terceros, entiéndase, por citar un ejemplo para estos efectos, a los inversores que querían capitalizar sus préstamos a la sociedad, e inclusive con la misma sociedad.

Es debido a esto que el derecho, siendo en esencia una ciencia cambiante y que constantemente recoge como una de sus fuentes a los usos y costumbres, que aceptan y acopla estas situaciones con relevancia jurídica para el empresario.

1.2. Antecedentes

Los orígenes de los acuerdos parasocietarios se remontan al derecho anglosajón medieval, con la figura del "trust" o fideicomiso en Inglaterra, con el fin que los tributos que eran obligados a pagar los herederos por la transmisión sucesoria de bienes, eran transferidos a un fideicomisario o "trustee" el cual tenía la misión de transferirlo luego a los herederos, tras la muerte del causante.

Luego, en Estados Unidos apareció el "voting trust" que no era otra cosa que una pluralidad de accionistas transferían su derecho a voto a un "trustee" o fideicomisario para ejercer, los mismos. Ellos conservaban la acción y su derecho a dividendos pero no podían ejercer su derecho a voto, por ende las decisiones las tomaban fuera de las juntas generales, en el marco de las reuniones de los accionistas cedentes del mencionado derecho.

Los accionistas mediante éste mecanismo lograban que el patrimonio fideicometido siga perteneciéndoles, su derecho a voto, era ejecutado por el trustee.

En Francia en tanto, el negocio de los pactos de votos estuvo legislado por el artículo 10 de la ley de 1937 para exilar la posibilidad de su celebración, en lo referido a los convenios sobre el voto. El 24/07/1966 se dictó una extensa ley reguladora de las

sociedades mercantiles que en su artículo 505 derogó la disposición que impedía celebrar convenios de sindicación para el voto, dando marco así, al debate doctrinario en tomo a su admisibilidad; en su artículo 440 la referida ley sanciona a quienes accedan a votar en determinado sentido o a abstenerse en función de ventajas que reciban y a quien pretenda otorgar tales ventajas.

En el derecho Italiano no se legisló sobre los pactos parasocietarios, aunque el artículo 2352 del Código Civil Italiano de 1942 atribuye al acreedor prendario y al usufructuario de acciones, el ejercicio del derecho a voto, admitiendo así la escisión de tal derecho, dejándose su análisis a la jurisprudencia la cual no se oponía en tanto no estén en contra del orden público y las buenas costumbres, lo que ya daba una ambigüedad grande a su apreciación.

Era innegable que estos pactos que fuera de la nomenclatura, eran realmente contratos – contratos parasocietarios –, traían un mayor dinamismo en el quehacer empresarial, pero siempre suscitándose diversas posturas a favor o en contra de éstos.

En el derecho de anglosajón fueron fácilmente adoptados pero en el caso del derecho romano germánico fueron recibidos con cierto escepticismo.

Se generaban muchas dudas y desconfianza ante ciertas preguntas, por ejemplo, ¿Cómo se podía darle seguridad jurídica al contrato si cualquier accionista del grupo mayoritario peruano podía desconocerlo y votar en el futuro como le viniese en gana? ¿Cómo hacer que la propia sociedad anónima asumiera la obligación de hacer respetar los convenios? Hasta ahí, nadie podría afirmar que no existían estos pactos.

En estas expresiones es donde se empieza a generar la necesidad de lograr una expresa legislación que considere a los acuerdos parasociales como un instituto influyente dentro de la vida societaria, más aun teniendo en cuenta que la legislación derogada no admitía esta figura de los convenios entre socios y con la sociedad, pero que en la práctica se desarrollaban basados en la Constitución y en el Código Civil, o en lo que pudiese normar puntualmente la ley comercial (Elías Laroza, 2002. pp. 31 – 32.).

1.3. Naturaleza Jurídica

La naturaleza de estos pactos se basa en la libertad contractual, puesto que los accionistas firmantes del pacto se obligan al cumplimiento del mismo, lo cual es una

manifestación de voluntad respecto del ejercicio de su derecho de voto y los derechos atribuidos a ellos en su calidad de accionista.

Sobre esta materia cabe destacar que nuestra Constitución Política reconoce, como un derecho constitucional, la libertad contractual que consagra en su inciso 12° del artículo 2°, donde nos dice, los accionistas pueden convenir con otras personas, socios o no, para ejercer su derecho a voto en las juntas en el sentido previamente convenido, siempre que no contravengan las disposiciones legales o estatutarias (Montoya Manfredi, 2004, p 219.).

Siguiendo con lo anterior, podemos decir que los pactos parasocietarios son verdaderos contratos, aspecto que es ampliamente aceptado por la doctrina y por lo tanto, en lo que corresponda se les aplica las disposiciones del derecho de las obligaciones, pues en nuestra legislación no se encuentran reguladas las situaciones de incumplimiento que en la realidad se presentan.

Los pactos parasocietarios son verdaderos contratos, con eficacia jurídica para las partes contratantes, lo cual constituye un primer punto para establecer su naturaleza jurídica. De forma más detallada se ha ubicado a los pactos parasocietarios entre los contratos plurilaterales de organización, toda vez que entre los accionistas miembros del pacto existe una comunidad de fines.

Para comprender la verdadera naturaleza de estos pactos, es necesario resaltar la estrecha relación que hay entre el contrato de sociedad y el pacto parasocietario, pues entre ellos existe una relación de accesoriedad. Es un contrato accesorio al contrato social, porque no es parte de éste y vive a la sombra del mismo, salvo cuando es registrado ante la sociedad, lo cual pasamos a analizar.

1.4. Presupuestos de Procedibilidad

El artículo 8° de la Ley General de Sociedades señala:

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.

El análisis del artículo 8° de la Ley General de Sociedades permite determinar cómo presupuestos para la exigibilidad y procedencia del convenio parasocietario frente a la sociedad, los siguientes aspectos:

- a) Que el convenio tenga relación con la sociedad
- b) Que el convenio sea debidamente comunicado a la sociedad
- c) Que el convenio no contravenga el pacto social o el estatuto (ni mandato imperativo de alguna norma).

Es necesario hacer mención que la norma aquí ha dejado dos vacíos muy grandes y que se utiliza en la práctica para no comunicar a la sociedad la realización de estos pactos, un primer vacío lo encontramos cuando de la lectura del artículo sometido a estudio se desprende que el legislador no ha establecido en quien recae la obligación de comunicar a la sociedad el convenio al que han llegado los accionistas, o dicho de otra forma, cuál de las partes es la indicada para consignar en el libro matrícula de acciones el pacto realizado; el segundo vacío es el relacionado con el libro matrícula de acciones, del cual se ahondara en mayor proporción más adelante.

Así mismo, se debe resaltar que la no comunicación a la sociedad no genera por ningún motivo una pérdida de la obligación adquirida, es más, esta se debe de cumplir, pues es una manifestación de voluntad que se encuentra circuncidada a la esfera privada de las partes intervinientes.

Para Paz – Ares (2008) la no integración de los pactos parasociales en el ordenamiento de la persona jurídica determina que queden privados de la eficacia organizativa del contrato de sociedad, también llamada eficacia externa o eficacia real. Y esto quiere decir: (i) que no se propaguen a los miembros y órganos de la persona jurídica (por ejemplo, no vinculan a los nuevos socios de la sociedad o de sus administradores, cuya intervención pudiera eventualmente reclamarse para hacerlos efectivos); (ii) que no puedan hacerse valer frente a terceros (por ejemplo, una cláusula parasocial de prelación no resulta oponible al tercero que adquiere de buena fe una participación vinculada o un pacto sobre la distribución de dividendos no puede oponerse al tercero que embargue la participación del socio); y, sobre todo, (iii) que no puedan aprovecharse de los instrumentos de enforcement de la persona jurídica para sancionar su incumplimiento (por ejemplo, no cabe excluir de una sociedad limitada al socio que infrinja una obligación de no competencia asumida en un pacto parasocial,

ni impugnar un acuerdo social por incumplimiento de obligaciones parasociales de voto; ni buscar la disolución de la sociedad por haberse realizado una condición extintiva prevista en los acuerdos parasociales; negar la inscripción en el libro, el registro de una transmisión hecha en violación de un pacto parasocial de bloqueo, etc.) (p. 34).

En el mismo sentido, Flores Polo (1998) opina que si hubiera contradicción entre alguna estipulación de dichos convenios y el pacto social o el estatuto, prevalecerán estos últimos, sin perjuicio de la relación que pudiera establecer el convenio entre quienes lo celebraron. Es decir, los socios y terceros no pueden celebrar convenios que contradigan lo establecido en el pacto social o el estatuto. Si lo hacen, prevalecerán estos últimos, sin perjuicio de que los socios y los terceros, solucionen aparte sus problemas. (p. 37)

Por lo demás, es unánime la doctrina nacional al resaltar la importancia de estos pactos, pues de esta forma se posibilita a la empresa a acceder a un tipo de regulación muy particular y que deja libertad a los accionistas, hecho que como se ya menciono era tratado en las legislaciones de influencia anglosajona con una mayor apertura, y que permite mejorar sus relaciones internas, en todo aquello que no sea oponible a la sociedad.

En ese sentido, el artículo 8° de la LGS representa un avance notable en el derecho societario peruano, pues la sociedad está obligada a reconocer todos los convenios que puedan celebrarse entre accionistas y todos los convenios que puedan celebrarse entre estos 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 (Elías Laroza, 2002. p. 31.).

Para Moreyra García – Sayán, también miembro de la comisión redactora de la Ley General de Sociedades, citado por Beaumont Callirgos (2002), el artículo ocho constituye una novedad porque introduce el pacto entre socios llamados comúnmente “shareholders agreements”; muy usado en la realidad anglosajona. El artículo permite la existencia de pactos entre socios pero siempre y cuando estos no convengan la ley y el estatuto social. Ello es perfectamente entendible por cuanto se busca reafirmar el principio que no cabe pacto contra la ley; y por otro lado que los terceros que estén en

noticia que no existen pactos secretos entre accionistas que perjudican otros intereses que pueden constar en el pacto social o estatuto. Si se desea invertir en una sociedad, es esencial remitirse en primera instancia al estatuto social para saber cuáles serán los derechos de los posibles accionistas. El artículo también enfrenta este problema porque reconoce explícitamente lo siguiente:

...sin perjuicio de la relación que pudiera establecer el convenio entre quienes lo celebraron”; con lo cual queda claro que el convenio entre las partes que lo concertaron debe respetarse y ser cumplido de acuerdo a sus estipulaciones, aun cuando la sociedad no reconozca los efectos del mismo. (p.60.)

También tenemos la opinión de otro miembro de la Comisión Redactora de la Ley General de Sociedades, Hundskopf Exebio (2009), para quien estas disposiciones constituyen una importante innovación en la Ley General de Sociedades, por cuanto hacen obligatorios los llamados convenios parasociales o extrasocietarios, adaptándose así la misma posición que las modernas legislaciones europeas, con lo cual se está beneficiando en el fondo a las propias sociedades si es que tales estipulaciones de los convenios privados les son de utilidad. (p. 60)

1.5. Características

Las características de estos convenios son las siguientes (Caamaño, en línea p. 5):

- **Plurilateral.-** Dado por la cantidad de partes signatarias del pacto.
- **Accesorio.-** Es accesorio cuando un contrato depende jurídicamente de otro. En el presente tema la accesoriedad es dada por la validez del contrato de sociedad. Esto significa que en caso de no haber sociedad el convenio carece de sentido y en consecuencia no posee objeto, por lo que no sería jurídicamente posible y estaríamos frente a un vicio de nulidad. A su vez, este convenio, va a depender de la producción de una condición suspensiva, la puesta en vigencia de la sociedad.
- **Extrasocietario o Parasocial.-** Es un convenio al margen del contrato de sociedad, aunque no siempre subordinado a este.
- **No es Recíproco.-** Esto debido a que no hay un intercambio de prestaciones, pues cada una de las prestaciones son autónomas y están orientadas a cumplir un objetivo en común.
- **De Organización.-** Estos pactos buscan regular las relaciones entre sus firmantes.

- **Intuito Personae.-** El significado de este tipo de obligación, en el cumplimiento contractual del pacto, va a estar dado por la confianza que se tengan los socios firmantes al momento de expresar su voluntad y es clara la responsabilidad que posteriormente veremos, ante el incumplimiento del mismo. En consecuencia implica una obligación intuito personae.
- **Consensual.-** Se perfecciona por el simple consentimiento de las partes.
- **Atípico.-** No se encuentra prevista su regulación en la legislación nacional.
- **Carácter Secreto.-** El pacto solo si bien es cierto, debe de ser comunicado a la sociedad, no es menos cierto que solo le concierne a las partes que lo conformen.
- **Informal.-** La ley no requiere de formas preestablecidas para que el convenio se constituya como tal.
- **Plazo de Duración.-** Siempre están sujetos a un plazo exacto.

1.6. Modalidades

Son muy variadas las modalidades que en la práctica presentan los convenios para ejercer sus derechos de votos, pero pueden agruparse en dos criterios generales:

- Aquella en la que el socio o accionista entrega sus acciones al sindicato formado por el pacto y otorga poder a una persona previamente determinada por dicho sindicato, para que actúe en su nombre y representación, como así también concurra a las asambleas o ejerza el derecho de voto.
- Aquella en que el socio o accionista conserva sus acciones y se somete a votar en las asambleas o en determinada asamblea en el sentido preestablecido por el que habían acordado previamente los socios sindicados.

Aquí el socio tiene el poder para retractarse e incumplir los deberes de voto establecidos en el contrato parasocietario, por lo que no hay mucha seguridad en esta modalidad.

No hay forma de controlarlo pues el accionista vota según lo acordado pero no cede su derecho a voto, solo se obliga a votar en un sentido. Alguna forma de atenuar el riesgo sería colocando multas o penalidades altas.

En el mismo sentido, Uría y Menéndez (1992) señalan:

Las modalidades que en la práctica presentan los sindicatos de accionistas son variadísimas, pero, pueden reducirse a estas dos:

- a) “El accionista conserva la posesión de sus títulos y se somete sencillamente a votar en las juntas generales en el sentido previamente acordado en el seno del sindicato”.
- b) “El accionista entrega sus acciones al sindicato y otorga poder a la persona que el sindicato determine (generalmente, al síndico o presidente del sindicato) para que en su nombre y representación acuda a las juntas y ejercite el correspondiente derecho de voto” (p. 174)

1.7. Clases

Tan igual que en las definiciones, encontramos en la doctrina, atendiendo a diversos criterios y teniendo en cuenta el tipo de sociedad anónima en que nos encontremos, una diversidad en la clasificación, siendo las que más destacan en este caso, según Richard (1997):

A. **Pacto de Voto.**- Por medio de este convenio se agrupa a los diferentes accionistas unidos y se les somete a una disciplina en el ejercicio del derecho de voto, con el objetivo de influir en la vida societaria de acuerdo con las directivas predeterminadas.

a. **De mando**, está dado por la convención de accionistas que tiene por objeto el control ejecutivo de las entidades, mediante el ejercicio del derecho de voto en un sentido preestablecido. Su objetivo es obtener y mantener mayorías necesarias en las asambleas y tendrá un papel fundamental en el nombramiento de directores de su confianza, los que responderán al programa de desarrollo de la empresa que el mismo sindicato habrá trazado.

b. **De defensa**, utilizados en la mayoría de situaciones por grupos de accionistas minoritarios para poder defender sus propios derechos frente a la administración o alcanzar los mínimos porcentuales necesarios para ejercer ciertos derechos. Esto permite reunir a una gran masa de accionistas dispersos, interesándolos en la marcha de la sociedad, brindándoles un conocimiento más amplio de la situación social con una mejor información y organización, logrando de esta manera constituir fuerzas de oposición que han de ser tomadas en cuenta por accionistas y administradores.

B. **Pacto de Bloqueo.**- Este se apoya sobre un convenio por el cual los accionistas se comprometen a no transferir sus acciones, o a sujetar la transferencia a ciertas condiciones, como podría ser el cederlas preferentemente a los otros sindicatos,

importando en última instancia una limitación a la libre transferibilidad de las acciones durante un cierto tiempo (p. 494.).

C. **Pacto Mixto.**- En el cual, se combinan ambos pactos, y son en la actualidad los más utilizados pues en la práctica para que un convenio de mando, sea sostenible en el tiempo, se necesita que los accionistas que conforman dicho convenio se comprometen a seguir como titulares de dichas acciones; o como bien señala Uría García por un lado, el sindicato combina fuera de la sociedad los derechos de votos de las acciones sindicadas para influir en la vida social de acuerdo con las directrices marcadas por el grupo sindicado, y por otro, para dar estabilidad y eficacia al sindicato, se hace preciso someter a determinadas restricciones la enajenación de las acciones pertenecientes a los accionistas sindicados, evitando así que estos pueden desvincularse de los compromisos adquiridos sobre el ejercicio futuro del derecho de voto transmitiendo libremente sus acciones a personas extrañas al grupo sindicado (Uría García, 1992. p. 173.).

Así también, tenemos la clasificación dada por Paz – Ares (2008), según el cual los convenios parasociales se clasifican en:

A. **Los Pactos de Relación.**- Que se distinguen por su neutralidad frente a la sociedad, pues prima la voluntad de los socios de regular sus relaciones recíprocas de manera directa y sin mediación de la sociedad. Aquí encontramos los acuerdos de adquisición preferente, los pactos de no agresión, cláusulas de cobertura de las pérdidas de unos socios por otros, derechos de venta conjunta, etc. Lo característico de este pacto es que no tienen incidencia o repercusión jurídicamente apreciable sobre la esfera social.

B. **Los Pactos de Atribución.**- Son concertados para obtener beneficios para la sociedad. La otra cara de estos pactos es el compromiso por parte de los firmantes de las correspondientes obligaciones frente a ella. Los ejemplos paradigmáticos nos los proporcionan los pactos que recogen obligaciones de financiación adicional de la sociedad por parte de los socios (préstamos, aportaciones suplementarias, reintegración del patrimonio social en caso de pérdidas, etc.), pero hay muchos otros compromisos que pueden ser objeto de contratación parasocial: por ejemplo, abstenerse de competir con la sociedad, otorgarle la exclusividad de la venta o intermediación en los productos de los socios, etc. Es difícil encontrar un ángulo malo en este tipo de pactos.

C. **Pactos de Organización.**- Agrupan los pactos seguramente más relevantes y, al mismo tiempo, los más conflictivos jurídicamente. Los denominamos así por que expresan la voluntad del socio de reglamentar la organización, el funcionamiento y, en definitiva, el sistema de toma de decisiones dentro de la sociedad. El objeto es el

control simple y llano del capital de la sociedad a través de su concentración, transferencia o distribución. El espectro de esta clase de pactos es muy amplio: pactos interpretativos de las normas estatutarias, pactos sobre la composición del órgano de administración, pactos q desarrollar por la compañía (plan de negocios, esquema de financiación o política de dividendos); pactos restrictivos de la competencia de los administradores, etc. La mayor parte de estos pactos se instrumentan mediante convenios y sindicatos de voto, cuya fenomenología ofrece una gama de variedades amplísima. (pp. 14 – 16)



CAPÍTULO II: DEL PROBLEMA Y SUS REMEDIOS

2.1. Planteamiento del Problema

Si bien es cierto, el artículo 8° de LGS admite la licitud de los pactos parasocietarios, es de verse, conforme a las definiciones citadas, que los miembros de la comisión redactora de la Ley General de Sociedades, al referirse a estos pactos, lo hacen con el nombre de convenio de sindicación de acciones o sindicación de accionistas, debido a que originalmente los pactos parasocietarios siempre versaron sobre el ejercicio del derecho de voto de una determinada sociedad, hecho que hoy con la evolución del derecho de sociedades, ha degenerado en que la sindicación de acciones sea un tipo de pacto parasocietarios y no un equivalente al mismo, pues éstos implican un mayor espectro de pactos entre accionistas, donde los convenios sobre el ejercicio de voto siguen siendo los más problemáticos pero no son los únicos.

En base a lo anteriormente dicho, es de verse que los principales problemas que afrontan estos pactos son:

2.1.1. Comunicación de los Pactos Parasociales a la Sociedad:

Nuestra normatividad contempla en el citado artículo la solución al problema de los pactos entre accionistas y entre estos y terceros, acerca del ejercicio del derecho voto, para ello les quiso dar publicidad, para que sean de conocimiento de todos dentro de la sociedad, y a su vez esto les permita tener, a estos pactos, el carácter de oponibilidad ante la sociedad.

Es debido a lo antes dicho, que el legislador de nuestra actual Ley General de Sociedades consideró como un requisito fundamental para su validez y oponibilidad ante la sociedad, la comunicación de la existencia de estos pactos, la cual se materializa, en el caso de las sociedades anónimas por medio de la inscripción en el libro matrícula de acciones, tal como lo prevé el artículo 92° y 93° de la LGS y en el caso de los restantes tipos societarios, con la comunicación hacia la sociedad.

Dicho esto, es conveniente hacer una pregunta ¿Quién es la parte que debe comunicar la existencia del pacto parasocietario? Esto no está contemplado en el cuerpo

normativo, más aún ¿Que sucede si el sindicato de accionistas no quiere inscribirlo? pues se desprende de la interpretación de la norma que la inscripción en el libro matricula de acciones no tiene carácter obligatorio.

Al respecto el miembro de la Comisión Redactora de la LGS, Elías Laroza (2002), nos dice:

La norma no ha definido a quién corresponde comunicar la ocurrencia de los actos referidos para su anotación. Consideramos que esa comunicación debe ser realizada por quien resulte interesado con los efectos de la anotación. Es por ello que la anotación no es una obligación, sino más bien una carga que podrá ser cumplida por cualquier persona con interés en generar la publicidad derivada de la anotación en la matrícula a través de la inscripción en el libro matriculas de acciones. (p. 32)

Concordando con Elías Laroza, es completamente cierto, pues como ya se mencionó, la norma no obliga a inscribir el pacto, lo cual nos hace llegar a una situación de indefensión y desinformación respecto de los otros accionistas no pertenecientes al pacto y de desinformación para los futuros inversores o terceros con intereses en la sociedad, pues en el supuesto contemplado, esto es, la no inscripción del pacto, los accionistas o terceros desconocerían una información que a todas luces reviste de relevancia jurídica y en algunos casos también económica.

Ahora, ya haciendo una suposición extrema ¿Qué sucede si el pacto parasocial no versa sobre las acciones?, es decir, que sucede si, por citar un ejemplo, se trata de un pacto parasocietario que contempla, respecto de sus integrantes, una distribución de utilidades distinta a la prevista en los estatutos, lo cual no es inscribible en el libro matricula de acciones.

En la práctica actual corporativa, los pactos que necesariamente deben de ser inscritos o comunicados a la sociedad son los pactos donde la modalidad del mismo implica la transmisión de acciones a favor de un fiduciario, tal como ya lo vimos en el capítulo precedente.

Ante estas situaciones, comunes en la práctica corporativa actual el legislador no ha previsto ningún tipo de solución, ello debido a que los pactos parasocietarios fueron tomados desde el punto de vista del ejercicio del derecho de voto.

2.1.2. Límites y Alcances de los Pactos Parasociales:

Actualmente los pactos parasocietarios tienen una gran relevancia en el mundo corporativo pues su utilización permite a los socios y terceros, así como a la misma sociedad poder regular mejor sus relaciones patrimoniales, lo cual conlleva a que el accionista goce de una amplia libertad para obligarse respecto de los demás integrantes de pacto, sin más límites que el respeto al interés de la sociedad, la moral y el orden público.

Este aspecto es muy debatido en la actualidad pues el legislador solo impone una única limitación a los pactos parasocietarios, y es que el convenio no contravenga el pacto social o el estatuto, lo cual conjuntamente con la comunicación a la sociedad, hacen que el pacto parasocietario sea oponible en el seno de la sociedad, pero tal como ya se mencionó hay situaciones en las que los integrantes del pacto acuerdan no comunicar el mismo a la sociedad.

Es ampliamente conocido que en la práctica no todos estos pactos son registrados o no son comunicados a la sociedad, es más, muchos de estos pactos al momento de su inscripción no señalan cual es el pacto que se está celebrando, solo se limitan a señalar que hay un pacto parasocietario entre determinados accionistas y cuáles son los lineamientos que deben seguir, no se incluye o se omite darle publicidad a algunos temas como si hay el pago de una prima en caso de accionistas, una dieta en caso de directores, o determinado privilegio que haga atractiva la unión de determinados accionistas.

Lo antes dicho no es malo, siempre que no se atente contra libertad que debe de tener cada accionista o persona vinculada a la sociedad, dicho de otra manera, el hecho de que haya ciertos incentivos tendrán validez en la situación en que el interés personal del accionista no vaya en contra del interés de la sociedad.

El interés social o interés de la sociedad tiene implícito que ésta al ser una persona moral, tiene su propio interés. El interés social es el interés de una organización con fines de lucro que al obtener una personalidad jurídica persigue sus propios fines, y el de los stakeholders, es decir, de los accionistas, los empleados, los acreedores y otras personas para las cuales es importante garantizar su existencia y éxito. El interés social es aquello que dirige el norte de las sociedades mercantiles y que es protegido por el derecho societario y mercantil.

Pero el interés de la sociedad, que juega a la manera de límite natural de la libertad que goza el accionista para obligarse frente a otros accionista o terceros, respecto de la misma sociedad, corre grave peligro siempre que el accionista tenga un interés propio y particular en el asunto sometido a la decisión de la junta general. Entonces no es aventurado suponer que el accionista se sienta inclinado a supeditar la conveniencia de la sociedad a su interés personal y egoísta.

El conflicto de intereses es palpable cuando la junta debe decidir o dirimir respecto a cuestiones en las cuales los accionistas y la propia sociedad se encuentran frontalmente considerándose estas como partes rivales o con intereses distintos. Un ejemplo de lo indicado lo podemos encontrar en la conclusión de un contrato entre la sociedad y el accionista. Pero otras veces el antagonismo está desdibujado y encubierto y ofrece, por ello, mayor peligro.

En el actual desarrollo del tráfico mercantil es frecuente observar que algunos accionistas partícipes en diferentes empresas al emitir su voto en la junta de una sociedad no persiguen la finalidad normal y directa de favorecer al interés de ésta, sino el fin torcido e indirecto de beneficiar a una sociedad rival en la que tiene un interés superior. El accionista pierde gustoso en una sociedad para resarcirse de esa pérdida con las ganancias superiores que espera obtener en otra sociedad distinta. (Garrigues y Uría, 1976. p. 562)

En ese sentido, debemos afirmar que el socio busca principalmente en una empresa o sociedad la satisfacción de sus intereses, no es menos cierto que ese interés personal en modo alguno puede buscarse contra la sociedad, sino justamente a través del interés social común a todos los accionistas, debido a que, tomando en consideración que sin la búsqueda de los intereses individuales de los llamados socios no podríamos hablar de empresa o sociedad. Es preciso hacer mención que la parte medular y el fin de toda sociedad es la existencia de un fin común el cual fusiona o hace una las voluntades de todos los socios.

El derecho de voto como derecho sustancial al accionista, no se atribuye a aquél para que pueda ejercerlo en un sentido egoísta y antisocial. No negamos con esto que el voto de accionista pueda inspirarse en interés personales, pero sin dañar a los demás accionistas.

En ese sentido, hay una tendencia en la cual en caso de conflicto de intereses entre el interés social y el de los firmantes del convenio, en el abuso de derecho, o en un

deber de lealtad del accionista frente a la sociedad, así como en las buenas costumbres y al estar violando el principio general de la buena fe, haría que estos pactos, pese a su comunicación en la sociedad podrían ser impugnados.

El conflicto de intereses debe resultar de operaciones, actos o negocios jurídicos individuales y concretos en los que el accionista participe directa o indirectamente con interés o conveniencia personal distinto del interés que normalmente tendría como socio en la operación. Solo entonces, al asumir el accionista frente a la sociedad en modo directo o indirecto la posición de contraparte, puede hablarse de un verdadero conflicto de intereses que vede al socio el ejercicio de derecho de voto o que señale la anulación del pacto suscrito. (Uría García, 1992. p. 167-168)

Los supuestos en que el accionista asume directamente la posición de parte contraria a la sociedad son detectables y no ofrecen dificultades. Los peligrosos son aquellos en los que el accionista titular de intereses contrapuestos al de la sociedad, de forma encubierta y mediante agentes intervenga, sin hacerlo directamente en el acto, contrato u operación en que se da la colisión de intereses.

Sin posibilidad de sentar un criterio de solución uniforme, podríamos afirmar que en la medida que el accionista obtenga una ganancia de capital, con lo cual estaría beneficiando a un tercero y causando perjuicio a su propia sociedad, podríamos afirmar que el mencionado socio tendrá interés personal, el cual lógicamente se encuentra en contraposición con los intereses de la contrapuesto al de la sociedad.

Entre los casos de colisión indirecta entran los apoyos o beneficios a sociedades rivales o concurrentes en las que el accionista tenga participación, los negocios realizados por un testaferro por cuenta del accionista, las operaciones de terceros con la sociedad en las que el accionista lleva una comisión, etc. (Uría García, 1992. p. 168)

En ese mismo pensamiento, clara es la opinión de Echaiz Moreno (2006), quien señala que:

La normatividad societaria peruana ha dado un paso adelante al contemplar a los convenios parasocietarios dentro de su texto legal; sin embargo, se trata de un dispositivo meramente genérico que no se pronuncia sobre las diversas manifestaciones de esta categoría contractual que comprende respecto a la sindicación de acciones, entre otros, el sindicato de voto (que pretende gobernar la sociedad o ejercer influencia sobre dicho gobierno), el sindicato financiero (en el que se tiende a la especulación con valores mobiliarios), el sindicato de colocación (que implica la suscripción de los

valores mobiliarios para lanzarlos al mercado), el sindicato de garantía (el mismo que procura la colocación de valores mobiliarios a cambio de una comisión), el sindicato de resistencia (donde se limita la transferencia de las acciones a terceros) y el sindicato de administración (en el cual los directores y/o los gerentes se vinculan estrechamente a un grupo de socios, velando por los intereses de éstos y no de la sociedad). (p. 1)

Ante todos estos tipos de prácticas, es claro que no hay un límite a estos pactos más aún si estos son utilizados de manera ilícita para dejar a un lado lo estipulado por la ley y someterse exclusivamente a la voluntad de las partes.

2.1.3. Eficacia de los Pactos Parasocietarios

El segundo aspecto a discutir es, si una vez hecho un convenio parasocietario que no vulnera los estatutos, la ley, el orden público, las buenas costumbres, ni contraviene el interés social, este es incumplido por uno de los integrantes del acuerdo; es decir, ¿Si una vez realizado el pacto, una de las partes incumple el mismo, que mecanismos nos ofrece la legislación comercial para amparar el derecho vulnerado a los otros miembros del pacto?

En caso de incumplimiento por una o más de las partes firmantes del pacto estaremos ante dos tipos de situaciones, pues en un primer escenario podemos exigir a la sociedad el cumplimiento de lo pactado, mientras que en un segundo escenario no podremos exigir a la sociedad el cumplimiento del convenio, aunque eso no limita a hacer valer el convenio con ayuda o utilizando como herramienta a las instituciones del derecho civil.

Como ya hemos visto, el legislador peruano establece la comunicación del convenio entre accionistas a la sociedad para que el pacto surta efectos frente a ella, lo que nos lleva a decir a que en el supuesto del incumplimiento de uno de los firmantes del convenio respecto de la obligación contraída frente los demás firmantes, es la sociedad quien se encarga de hacer respetar los pactos.

En caso haya un incumplimiento que origine un proceso judicial, el cual sea resuelto en forma favorable para la parte perjudicada, esta resolución podría dejar sin efecto cualquier tipo acto e inclusive una junta general de accionistas, si se comprueba que efectivamente la sociedad sabia de la existencia del pacto pero sin embargo no hizo nada por hacerlo respetar.

El otro supuesto es el dado en el escenario en que el pacto parasocietario no ha sido comunicado a la sociedad, siendo por consiguiente inoponible ante ella, lo cual no priva a las partes a ejercer sus respectivos derechos de acceso a la tutela jurisdiccional, puesto que existe un derecho vulnerado.

Es decir, poniendo un ejemplo, si cuatro accionistas de una sociedad celebran un pacto para ejercer su derecho de voto de un determinado sentido y ellos deciden no comunicar a la sociedad la existencia del mismo, ante el incumplimiento de uno de ellos, la sociedad no puede hacer nada, pero al nacer estas obligaciones del ámbito discrecional de la autonomía privada, son susceptibles de ser visto de un marco de sus obligaciones asumidas por cada uno de los firmantes del pacto. “El hecho de que los pactos parasociales queden fuera del ordenamiento de la persona jurídica no impide que en determinadas ocasiones y bajo ciertos presupuestos pueda recurrirse a los mecanismos de enforcement específicos del derecho de sociedades” (Paz – Ares, 2008. p. 1)

Así también se señala que si un pacto parasocietario es válido, se convierte en ley entre partes y, en ese caso, no hay razón para privar a quien esté interesado en su cumplimiento de ninguno de los remedios previstos por el sistema jurídico para la defensa y protección de sus intereses contractuales. “El hecho de que los pactos parasociales estén ligados funcionalmente a la sociedad a que se refieren y de que, por tanto, le afecten indirectamente no puede servir de pretexto para recortar su alcance, como a veces se sostiene” (Paz – Ares, 2008. p. 3).

Frente a esta situación, tantas veces vista en la realidad, nuestro legislador no se ha pronunciado, al contrario ha dejado su solución a la doctrina, la misma que dependiendo de la situación a la que se enfrente dilucidara si es oponible o no a la sociedad. Al respecto encontramos una diversidad de jurisprudencias por lo que sería factible encontrar un criterio aplicable a estos pactos.

La libertad de contratación, entendida como "autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante" y como "autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual" (STC 008-2003-AI/TC, Fundamento N° 26, apartado b), no debe ser usada como caballo de troya para el abuso del derecho y de los accionistas minoritarios, puesto que con maniobras antiéticas y que bordean los límites de la legalidad

transgrediendo aquel principio jurídico que es la equidad, se valen de una libertad que tiene carácter constitucional, para en muchos casos contravenir el fin del pacto social y los estatutos, así como de las normas societarias. El secretismo de éstas ya es suficiente peligro.

Siguiendo ésta línea lo establecido por el artículo 101° de la Ley General de Sociedades en cuanto a:

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

Las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad. Las limitaciones se anotarán en la matrícula de acciones y en el respectivo certificado. (...) (Ley N° 26687, Ley General de Sociedades, art. 101°).

Como podemos ver, la ley permite expresamente que esta materia sea regulada también mediante pactos de accionistas, pero prohibiendo la limitación absoluta de éstas, pero ¿qué pasaría si esto ocurriera en el secreto de un pacto entre accionistas? La única forma de enterarnos de este hecho sería mediante una demanda de incumplimiento de dicho convenio, pues de cumplirse esto no sería revelado, quitándole de esta manera un mecanismo de enforzamiento a la ley.

Si bien es cierto, la nulidad tampoco revelaría esta situación, podría sin embargo, en caso de sospecha, realizarse la respectiva investigación en el marco de la sociedad, para la consecuente nulidad de actos realizados bajo estos supuestos o invalidando actos que contravengan directamente los estatutos y hayan sido acordados por este tipo de pactos, pues en caso contrario, en el supuesto que estos pactos fueran hechos públicos a la sociedad solo podrían ser impugnados tan solo en una causal tan etérea como el “interés social”.

Reiteramos, la inoponibilidad es carta abierta e incluso una invitación al secreto; la nulidad, de por sí, no le da seguridad a los contratantes sobre su cumplimiento, por lo que desanimaría hasta a cierto punto a los firmantes, al no tener garantías legales de su cumplimiento. Parece una situación en la que la ley validaría situaciones interpersonales con referencia a la sociedad, que la sociedad no convalidaría si tuviera conocimiento de las mismas.

En esa línea, estamos seguros que el objeto del artículo 8° de la Ley General de Sociedades, es en beneficio de aquellos que quieren sacar el propio provecho antes que el de la sociedad. Si bien estos pactos son útiles pues permiten regular de forma dinámica y externamente aspectos que se discutirán en las juntas, relaciones entre los socios e incluso restricciones a la transmisión de acciones como ocurre en los pactos de bloqueo, su publicidad es lo que brinda seguridad a la sociedad y sobre todo a los accionistas minoritarios, pues es un arma de doble filo si el secretismo les da validez interpartes, pues nada impide que tengan éxito y es difícil la prueba de la existencia, y su prueba podría ser indiciaria, al igual que por ejemplo se realiza en las acciones paulianas.

Existen varios casos dentro de la jurisprudencia en los cuales por errores de los legisladores se presentan contradicciones interpretativas, sobre todo por la falta de especialización de los jueces en este tipo de materias, por lo que también creemos que debe haber una capacitación especial a los jueces y vocales responsables de estas materias, así como una constante actualización, pues como ya se ha dicho, día tras día surgen nuevas figuras en el ámbito empresarial, que va a diferente velocidad con la legislación, por lo que los jueces deben tener una amplitud de criterios para poder aplicar la ley mediante la equidad y justicia, salvaguardando el interés social, de sus proveedores y consumidores.

2.1.4. Como Garantizar el Cumplimiento de los Pactos Parasocietarios

Como hasta ahora hemos visto, los pactos parasocietarios son una institución muy compleja que por estar vinculado a la esfera privada de las partes no es tan fácil de regular, pues vemos que estos pactos tienen una sin número de variables que no hacen más que dificultar su comprensión.

Es por ello que, en la negociación para la celebración de un pacto parasocietario, se deben de establecer determinadas cláusulas que buscan una mejor operación del pacto, esto debido a que un pacto de esta naturaleza debe buscar evitar el incumplimiento por parte de cualquiera de la partes firmantes del pacto, así como también buscar, en caso de incumplimiento, una respuesta rápida y flexible para evitar perjuicios mayores respecto de los demás firmantes del pacto.

Sobre evitar el incumplimiento del pacto, podemos encontrar una multitud de variantes, desde el establecimiento de una sanción económica indemnizatoria o penalidades, que es recomendable cuantificar desde el principio, aunque este aspecto es muy debatido aun por la doctrina, hasta la pérdida de derechos como el que se desprende que quien no cumple con el pacto queda excluido del derecho de suscripción preferente.

Así mismo, respecto al escenario de un incumplimiento es recomendable el establecer o incorporar al pacto una clausula arbitral, ello con el fin de poder recuperar de una manera fácil y rápida el estado normal de las cosas, un ejemplo de esto encontramos cuando se realiza un pacto de suscripción preferente, y este es incumplido cuando uno de los suscriptores del pacto enajena sus acciones a un tercero, ante tal incumplimiento la doctrina se muestra a favor de obligar a proceder a la venta de las acciones titularidad del accionista incumplidor.

2.2. La Autorregulación y los Pactos Parasocietarios

Cuando hablamos de autorregulación, parece que nos remitiéramos a un tema nuevo o de aplicación reciente y en restricto al derecho societario. Sin embargo, la autorregulación existe incluso antes del derecho positivo, cuando aún ante la ausencia de Estado, los hombres regularon sus relaciones mediante mutuas obligaciones o concesiones. Por supuesto a medida, que las sociedades evolucionaron y se dieron formas de gobierno, la autorregulación se atenuó y se le dio un marco en el cual desenvolverse, se le puso límites, sean la regulación que un monarca o jefe tribal, religioso o incluso en estados aristocráticos o democráticos como los griegos y de una forma mucho más desarrollada en los romanos, se desarrolló una fuerte regulación en diversos aspectos de la vida, en muchos de los casos se dieron incluso formas casi ritualistas de cumplimiento (*ad solemnitatem*) de obligaciones, sean frente al Estado o frente a otros ciudadanos o conjunto de ciudadanos.

Con la evolución de la complejidad del comercio, la introducción de la banca, los títulos valores y formas contractuales más complejas el Estado tuvo que regular estas relaciones, tal vez no con la meticulosidad de hoy en día, pero habían diversas formas de regulación que remitían a los usos comerciales. ¿Qué eran estos usos comerciales? Pues autorregulación, pero basada tanto en la autonomía de la voluntad y

de acuerdo a las costumbres y prácticas comerciales. Los Estados reconocían la existencia de estos usos comerciales e incluso se reconocía que no se podía regular absolutamente todo lo que surgía en las transacciones diarias por sus constantes cambios, poniendo a salvo por supuesto los ingresos del Estado por concepto de tributos y aranceles los cuales siempre fueron celosamente vigilados.

Es claro que lo que venimos señalando hasta el momento es la primera forma de autorregulación: el contrato. Es por eso que el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el contrato, en la libertad de contratación como la libertad de contratar con quien uno desea y con la libertad contractual, esto es decidir el objeto y las formas de cumplir con sus fines (salvo algún mandato imperativo sobre alguna forma o plazo establecido legalmente).

Ahora, ya aterrizando sobre el derecho societario, el primer contrato societario ya es fruto de la autonomía de la voluntad: el pacto social. ¿Cuál es esta voluntad? Lo que conocemos como el *affectio societatis*, que es justamente eso, es decir, la voluntad de constituir una sociedad entre dos o más personas con la misma intención u objeto.

Claro, el ordenamiento jurídico da una serie de normas que rigen la forma y modo de llevarse la sociedad, sin embargo no regulan todo. A la sociedad se le permite autorregularse mediante un estatuto, el cual establece las bases que utilizará la empresa para su gestión y desarrollo, dándole un marco jurídico, que incorpora tanto las normas imperativas de la Ley General de Sociedades, y otras normas especiales y complementarias, así como incluye también ciertas regulaciones especiales que deciden los socios, formando así parte del pacto social. Este estatuto, da un marco jurídico para el desenvolvimiento de la sociedad, pero la gestión y decisión queda entre sus órganos, la gerencia, el directorio (si lo hubiere) y la junta general de accionistas.

Sin embargo, la autorregulación a la que nos referimos en el presente trabajo es la autorregulación sobre las relaciones entre los socios, aquella que se refiere a los pactos parasocietarios, los acuerdos que se toman entre los socios, sin la participación de los órganos establecidos por la ley y el estatuto.

Como ya se ha mencionado, la autorregulación es la regulación que realizan los agentes privados de sus relaciones sin la intervención del Estado, los compromisos y acuerdos, que en el marco de una sociedad, también regula situaciones extraestatutarias, como son los pactos parasocietarios.

Si bien dentro del secretismo de los pactos y por ende su inoponibilidad en el marco de la sociedad (cabe recordar que salvo que se ponga en conocimiento de la sociedad y no transgredan la ley, los estatutos y el interés social), estos pactos le dan un gran dinamismo a la marcha de la sociedad incluso acercando más al socio a sus intereses en su propia empresa, sin necesidad de ser parte de la administración de la sociedad, siendo también una forma de fortalecimiento de posiciones frente a estos últimos.

La autorregulación permite un mayor desenvolvimiento del quehacer societario en un mundo en que las empresas tienen vertiginosos cambios y oportunidades, que de tomarse el tiempo de reunirse en juntas generales y discutir ampliamente sobre posiciones y decisiones, haría que dichas oportunidades se pierdan.

Es por esto que los pactos parasocietarios son el vehículo de ésta autorregulación en el marco empresarial, dándole a la sociedad una mayor flexibilidad a las a veces lentas estructuras societarias, favoreciendo su desarrollo e incluso el fortalecimiento de minorías en la protección de sus intereses, como es el caso de la sindicación de acciones. Dicho esto pasemos a ver los pactos parasocietarios en específico.

2.3. Problemas Que Generan Los Pactos Parasocietarios

Si bien es cierto que los pactos parasocietarios requieren de publicidad para su oponibilidad en el marco de la sociedad, su mayor característica es su secretismo, por lo menos en su etapa inicial. Muchas veces la mejor forma de su enforzamiento serían las ventajas a obtener por dicho contrato, por lo que en estos casos asume las características de un pacto de caballeros, que, sin malentenderse podría también exigirse dentro de la esfera de los contratantes a través de la figura del incumplimiento contractual.

Por ésta misma razón, lo ideal en los pactos de votación para asegurarse que se cumpla el fin contractual, es nombrar a un apoderado que lleve a cabo dicho objeto. En nombre de éste sindicato de accionistas, a éste apoderado se le conocerá como síndico el cual tomará las decisiones correspondientes agrupando la cantidad de votos suficientes para manejar la sociedad. Es claro que este síndico bien podría tener más poder que los mismos administradores de la sociedad, además de poder elegirlos a su antojo.

Existen otras modalidades de pactos parasocietarios, desde el punto de vista formal y que es muy utilizada en los Estados Unidos: el fideicomiso, que como ya se ha mencionado anteriormente, el fideicomitente le entrega bienes a un fiduciario para la administración de un patrimonio fideicometido, el cual tiene un fin elegido por un fideicomisario. Si estuviésemos hablando estrictamente del plano societario y de los pactos de sindicación de acciones podríamos realizar la misma relación, en la que los accionistas serían los fideicomitentes, los fiduciarios serían los síndicos y los favorecidos serían los socios pertenecientes al sindicato de acciones. Es claro que los bienes en este caso son las acciones y su derecho a voto.

Gutiérrez Camacho nos da en un intento de registrar los usos comerciales de estos contratos nos presenta algunas (Gutiérrez Camacho, en línea. p. 16):

- a) Cláusula referida a los accionistas y el número de acciones sindicadas. (Aunque es posible, no es frecuente que un accionista que posee un importante grupo de acciones syndique sólo parte de ellas);
- b) Cláusula de determinación del tipo de sindicato: de mando, de bloqueo, financiero, etc.
- c) Cláusula que establece si el sindicato que se ha convenido, es para un asunto en particular, una junta general o de manera indeterminada.
- d) Cláusula sobre el plazo de duración.
- e) Cláusula que determina la modalidad del ejercicio del voto, es decir cómo y por medio de quién votará el sindicato en la junta general: directamente mediante los socios sindicados, un representante, etc.
- f) Cláusula o cláusulas referidas a la creación de una organización que tiene como propósito ejecutar el contrato.
- g) Cláusula sobre obligaciones de los accionistas sindicados.
- h) Pactos sobre limitación a la libre transmisibilidad de las acciones sindicadas.
- i) Cláusula de arbitraje.
- j) Cláusula Penal, sanciones o multas para los miembros del sindicato que violen los acuerdos del sindicato.
- k) Otorgamiento de poderes al síndico (de ser el caso) para su participación en las juntas generales.”

Uno de los problemas que generan estos pactos, convenios, acuerdos parasocietarios, que al fin y al cabo son contratos entre socios, accionistas e incluso con terceros ajenos al capital de la empresa, es la duración de los mismos. Mediante los pactos parasocietarios de sindicación de votos por ejemplo, en donde se estaría renunciando al derecho más importante del accionista: el voto. Es decir, se perdería la potestad de decidir sobre el rumbo de la sociedad desnaturalizando la importancia del accionista en la sociedad. Por esto si estos contratos fueran ilimitados en el tiempo, podrían alejar al accionista de su función fiscalizadora de las actividades de la sociedad.

Por otro lado, si existen condiciones que cambian radicalmente la situación de la empresa, en cuanto al momento en que el accionista decidió participar del capital de la misma, y el momento actual, y éste tiene su voto sindicado, no podría intervenir para ejercerlo hasta que el poder sea revocado, lo cual tendría diversos escenarios:

1. Si el accionista ha firmado un pacto de sindicación de votos a plazo de 1 año o más y con poder irrevocable (teniendo el poder irrevocable un plazo máximo de un año, para lo cual en el caso de pactos con larga duración el accionista estaría obligado a renovar el poder cada año, para poder cumplir con el contrato parasocietario). En este caso, en todo este tiempo el accionista no podría hacer uso de su derecho a voto. Lo cual, salvo caer en un incumplimiento de contrato si éste no ha hecho público el mismo ante la sociedad, convertiría prácticamente a su acción en una sin derecho a voto para el accionista, solo gozando el recibo de dividendos. Por supuesto, debemos entender que en muchos casos si es que existe un síndico nombrado por los accionistas firmantes, habrá en este sindicato una suerte de junta general para votar en la junta general de la sociedad. La situación se complicaría aún más en el caso de sindicatos complejos que explicaremos más adelante, en los cuales el síndico no es nombrado si no es el representante de un grupo de acciones o los accionistas de otra sociedad que a la vez es accionista de la primera.

2. En el caso de que éste contrato haya sido puesto en conocimiento de la sociedad este se convierte en oponible, en virtud del artículo 8º de la LGS. Aquí el supuesto anterior tendría que ser pasado primero por el prisma de lo establecido en los estatutos de la sociedad. Si aun así el accionista opta por no reconocer el pacto de sindicación y hace uso de su voto, la misma sociedad, ante la cual se depositó el contrato, no le permitiría votar. Así como vemos este contrato podría ser establecido eternamente escindiendo el derecho de voto del accionista. A decir de Gutiérrez

Camacho, "la cesión permanente del voto atentaría contra un principio que rige el Derecho Societario, la inescindibilidad de los derechos políticos respecto de la acción" (Gutiérrez Camacho, en línea. p. 17)

Uno de los problemas que generan estos pactos, convenios, acuerdos parasocietarios, que al fin y al cabo son contratos entre socios, accionistas e incluso con terceros ajenos al capital de la empresa, es la duración de los mismos. Mediante los pactos parasocietarios de sindicación de votos por ejemplo, en donde se estaría renunciando al derecho más importante del accionista: el voto. Es decir, se perdería la potestad de decidir sobre el rumbo de la sociedad desnaturalizando la importancia del accionista en la sociedad. Por esto si estos contratos fueran ilimitados en el tiempo, podrían alejar al accionista de su función fiscalizadora de las actividades de la sociedad.

En cuanto, a lo adelantado, los sindicatos complejos son aquellos en los cuales intervienen terceros ajenos a la sociedad de lo investigado pueden ser de las siguientes formas:

- a) Contratos parasocietarios a futuro entre accionistas y titulares de obligaciones convertibles en acciones, con carácter suspensivo a la convertibilidad de las mismas.
- b) Contratos parasocietarios entre accionistas de grupos económicos o simplemente entre accionistas de una empresa B, la cual a su vez es accionista de la empresa A con los accionistas de la empresa A.

Entre algunos de los problemas que podría traer este tipo de contratos, sería la fragilidad del interés social, en caso de una empresa que no es parte de un grupo económico y que sin embargo, cuenta con un accionista que es otra sociedad, por lo que los accionistas de ésta última priorizarán en muchos casos el interés de la misma. Al no ser parte de un grupo económico, no son empresas que cumplen los fines de una matriz o a favor del grupo económico, por lo que desviarán y verán mermado su interés social al entrar a tallar intereses exógenos, aparte de los endógenos que muchas veces entran en conflicto, el social y el individual.

La libertad de contratación a través de los contratos parasocietarios debe siempre tener restricciones, para que se proteja tanto a los accionistas minoritarios, al interés social e incluso a terceros con interés, con esto nos referimos a los stakeholders.

Los contratos parasocietarios, sean convenios, acuerdos, pactos o como se les quiera, contienen prestaciones autónomas y si bien busca obtener beneficios, en su naturaleza no existe un precio; estas prestaciones autónomas sobre todo en los casos de pactos de bloqueo y de voto son de acciones autónomas pero en conjunto, con el fin de alcanzar una situación, pero en el marco del secretismo se podría dar el caso de que un voto o varios votos, sean comprados es decir, que por un lado se tenga la prestación de votar de cierta forma y por el otro, una contraprestación económica como lo es un precio. Esto último, solo podría darse a nivel de pacto secreto, ya que este pacto transgrediría el marco normativo y la naturaleza del derecho a voto, y a la vez actos desleales, que es cierto pueden caer en el amplio margen del orden público y las buenas costumbres. Imaginemos la situación que se podría dar incluso si la oferta por un voto a favor o en contra no sea realizada por un accionista, sino por un tercero, para favorecerse a sí mismo o a un competidor.

Para la configuración de éste tipo de situaciones, que definitivamente se dan constantemente, es necesario el secreto, pues estos actos transgreden el interés social. Estos contratos pueden ser para un solo acto o más de uno, para que un voto se manifieste en un sentido en cuanto a cierta materia específica o para una serie de votaciones en un periodo dado. Lo cierto es que este voto podría ser nulo, pero probarlo, dado el secretismo del pacto sería muy difícil, así como tomar el camino de la nulidad en el caso del inciso 8 del artículo 219 del Código Civil (1984):

Artículo 219.- Causales de nulidad

El acto jurídico es nulo:

(...) 8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.”

Artículo V.- Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico

Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Los pactos parasocietarios, al surgir del fuero privado de las partes, es difícil su correcta regulación, pues el legislador no podría regular la diversidad de los mismos. Es bueno siempre cautelar los derechos de los accionistas y el correcto desenvolvimiento de la empresa, pero tampoco entorpecer su desempeño con una legislación estática y desactualizada con la dinámica empresarial.

No creemos la viabilidad de dejar al abandono o a una extrema libertad de movimientos a los accionistas, pues el mayor capital en una empresa muchas veces se inclina a los abusos en un medio donde muchas veces la ética no es la que gobierna sino el lucro, por lo que los más poderosos buscarán que haya menos barreras a sus movimientos. Los paraísos fiscales atraen inversores, pero no son exactamente los más sanos para la sociedad, habría que ver si eso es a lo que queremos llegar.

Actualmente es la misma norma la que genera externalidades negativas como la no inscripción del pacto parasocietario, pues este puede conseguir sus fines sin la necesidad de éste requisito con mejores resultados, pues los demás socios y órganos de administración de la sociedad no pueden prever sus efectos ni oponérseles, gracias a su inexistencia ante ellos o para ser más precisos, su invisibilidad.

Creemos en la revisión del aspecto que la inoponibilidad de los pactos parasocietarios no inscritos debe ser revisada y ser sancionada con la nulidad, pues este sería un vehículo de abusos por parte de accionistas de control en la sociedad. La simple inoponibilidad sanciona el aspecto vinculante frente a la sociedad en caso de su falta de publicidad y registro ante la misma, pero tendría funcionamiento entre los socios firmantes y sería exigible como cualquier contrato en cuanto a aspectos como daños y perjuicios para el accionista en caso de incumplimiento de contrato. A nuestro parecer, la norma se dedica más a proteger a los firmantes de estos convenios que tutelar el derecho de los accionistas minoritarios, los cuales se exponen a abusos por el secretismo y las maniobras que pueden engendrar el contenido de estos pactos, influyendo incluso en la transmisibilidad de acciones y en decisiones que pueden redundar en licuar accionistas.

El punto débil de los pactos parasocietarios es su eficacia limitada. Pero sin éste punto débil, serían un arma muy poderosa para los accionistas mayoritarios de control, así como a los mismos pactos de control.

Consideramos que debe haber también alguna aclaración o limitación específica en cuanto a restricciones a la libre transmisibilidad de acciones, pues ésta solo existe bajo la excepción hecha para el caso de las sociedades anónimas abiertas en el artículo 254° de la Ley General de Sociedades, lo cual podría reforzar las barreras en cuanto a la entrada de accionistas nuevos o emprendedores. Creemos que debe haber un equilibrio

que estaría siendo roto si existieran pactos adicionales restrictivos, sobre todo tomando en cuenta la longitud de los plazos de transmisibilidad.

De esta forma, los pactos parasocietarios que obligan únicamente a parte de los socios de la sociedad no pueden tener eficacia frente a la sociedad, a los socios no participantes en ellos, y tampoco frente a terceros, excepción hecha para aquellos pactos que se realicen ante la universalidad de los socios, fuera del contexto de una junta universal. La sociedad representa su voluntad a través de la universalidad de socios.

Existe también otro ámbito en el cual los pactos parasocietarios podrían agravar otro problema. Es el manejo de políticas y prácticas concertadas entre grupos empresariales. Estamos hablando de conductas anticompetitivas y restrictivas de la competencia en el caso de grupos económicos y grandes conglomerados. Pues bien, muchos de estos pactos, van más allá del interés social, que es el interés de la matriz o del conglomerado. El camino idóneo son los pactos parasocietarios de relaciones y de organización. La no exigencia de publicidad y la nulidad de estos para su validez, redundan en el fracaso del control respectivo y la evidencia de los movimientos de estos grupos y patrimonios para la fiscalización de su legalidad. Es el disfraz y la máscara perfecta para evasiones fiscales y diferentes prácticas como el lavado de activos y los abusos de posición de dominio, por lo que proponemos aquí una alternativa al texto principal en el cual se regulan los pactos parasocietarios.

2.4. Tratamiento En El Derecho Comparado

El problema que tienen los pactos parasocietarios no es ajeno a las diversas legislaciones internacionales, quienes en su intento por comprenderlos dejan muchos aspectos de lado, lo que es reclamado constantemente por la doctrina.

En ese sentido, se toma como base de esta investigación las siguientes legislaciones que tienen en común con la nuestra:

2.4.1. España:

En 1951, la Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 60°, reconocía que todo accionista puede ser representado, mientras sea por escrito y con carácter especial para cada junta, los otros pactos societarios estaban fuera de la figura. Simplemente se

daban, pero el enforcement era muy complicado si esto se realizaba al mediano o largo plazo. Posteriormente en el año 1989 se reconocen los pactos parasocietarios, siempre y cuando sean comunicadas a la sociedad. “Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad” (Real Decreto 1564/89, Art. 7°).

A través del Real Decreto 1/2010, la actual Ley de Sociedades de Capital, se encarga en los artículos 530° al 535°, de los pactos parasocietarios. Se sigue manteniendo el requisito de la comunicación a la sociedad, pero se agrega también la notificación a la Comisión Nacional de la Cámara de Valores. El acuerdo debe depositarse incluso en el Registro Mercantil.

En el caso que la publicidad fuere dañina para la sociedad, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a solicitud de los interesados, puede acordar, y con resolución motivada, que no tenga publicidad de ninguna forma, ni en su integridad o parcialmente, y dispensar temporalmente la comunicación del pacto a la propia sociedad, de su depósito en el Registro, determinando el plazo para mantenerse en secreto entre los interesados.

2.4.2. Chile:

En la Ley de Sociedades Anónimas N° 18.046, no se habla expresamente de pactos parasocietarios; sin embargo, establecen en el artículo 64° la posibilidad de autorizar un representante en la Junta General de Socios, sin fijar límites o números de votos.

Hay una somera mención en el artículo 14° (Ley de Sociedades Anónimas N° 18.046, 1981):

Los pactos particulares entre accionistas relativos a cesión de acciones, deberán ser depositados en la compañía a disposición de los demás accionistas y terceros interesados, y se hará referencia a ellos en el Registro de Accionistas. Si así no se hiciera, tales pactos se tendrán por no escritos.

Aquí se busca tutelar los derechos de los accionistas minoritarios, al obligar a los accionistas de control a revelar los pactos por los cuales controlan una sociedad. Sin embargo, si bien otros pactos parasocietarios, pueden entrar en el mismo saco, es clara que la intención primigenia del legislador ha sido, la protección ante la sindicación de votos.

En cambio la Ley de Mercado de Valores (N° 18.045, Arts. 98°, 99°, 1981), reconoce este tipo de pactos (aquí se les llama “pactos de accionistas) al señalar:

La convención entre dos o más personas que participen simultáneamente en la propiedad de una sociedad, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas controladas, mediante la cual se comprometen a participar con idéntico interés en la gestión de la sociedad u obtener el control de la misma.

Se presumirá que existe tal acuerdo entre las siguientes personas: entre representantes y representados, entre una persona y su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, entre entidades pertenecientes a un mismo grupo empresarial, y entre una sociedad y su controlador o cada uno de sus miembros.

2.4.3. Derecho Anglosajon: Estados Unidos

Su validez ha sido otorgada por su jurisprudencia. Tienen que constar por escrito y que una copia sea depositada en el domicilio de la sociedad, junto con una lista de los socios firmantes. Los acuerdos deben guardar alguna relación con los asuntos susceptibles de votación y prever un término de duración definido. Para su modificación, es necesario el consentimiento unánime de quienes los firman. Estos acuerdos no pueden tener fines contrarios a la ley, ni crear situaciones de opresión o de fraude respecto de los demás socios o los stakeholders en general.

Su origen proviene de los pactos parasocietarios de los pactos de votos. En el derecho anglosajón, el derecho de propiedad cobra más jerarquía que en el derecho romano germánico, por lo que se nace del principio generalizado de la libre cesibilidad del derecho de voto.

Como vimos en el capítulo anterior, en el Derecho Anglosajón existen los voting trusts y los voting agreements. A manera de recuerdo, en el voting trust los accionistas quedan en fideicomiso de votos, porque el capital sigue siendo de los accionistas, pero el ejercicio al voto que nace de la acción queda en un fideicomisario.

Este trustee o fideicomisario ejerce dentro de la corporation el voto que emana de la tenencia de las acciones. De esta forma, los accionistas, a pesar de que el capital accionario trustificado les pertenece, entregan el ejercicio del derecho de voto, quien será la única persona reconocida como accionista por la corporation. A cambio de las acciones trustificadas, el fideicomisario o trustee emite un certificado –voting trust

certificate – que no tiene validez frente a la sociedad, pero que representa su porción en las acciones sindicadas.

Los voting trusts están previstos en el Model Business Coporation Act de 1950 y fueron adoptados por varios Estados de los Estados Unidos, inspirando varias leyes estatales, limitando en muchos casos su plazo a cinco años.

Los voting agreement, condicionan el voto a los integrantes del grupo, este sistema es más parecido al utilizado en el sistema latinoamericano, -la sindicación de votos- teniendo como objetivo el control de la sociedad, para así mantener el status quo. Estos pactos si son confidenciales, pues no existe la obligación de notificar a la compañía, ni registrarla para su enforcement.

Desde el caso McQuade vs Stoneham, es nulo todo pacto que arriesga a los directores a asumir responsabilidades ajenas a sus cargos o si se restringe la facultad de designar a los funcionarios de la empresa, fijar los salarios de estos o determinar las políticas de gestión que aplicarían en la sociedad.

Por otro lado, en Clark vs Dodge se estableció que no todo pacto parasocietario referente a las facultades de los administradores es per se contrario a ley. Será lícito mientras perjudique al interés social, los accionistas, u otros con interés particular.

CONCLUSIONES

Luego de haber analizado la institución jurídica objeto de la presente tesina, las conclusiones a las que se han llegado son las siguientes:

- Los pactos parasociales son contratos que sirven para regular las relaciones internas y externas en una sociedad y que en cierta medida garantizan su cumplimiento, por lo tanto son mecanismos válidos para la organización de la sociedad. De lo desarrollado podemos ver que estos pactos pueden caer en dos tipos de consecuencias:
 - a) Positivas, pues bien utilizados, pueden ayudar a dar solución a problemas que no contempla ley siempre y cuando no vayan en contra del interés social.
 - b) Negativas, mal utilizados pueden generar una diversidad de abusos, así como también pueden ser utilizados para evadir lo establecido por la Ley o mantener acuerdos que vayan en contra del interés social y se guíen únicamente por el interés personal de un reducido grupo de accionistas o terceros.
- Creemos que el legislador debe pronunciarse respecto de sus límites, así como también se debe buscar la PUBLICIDAD TOTAL de estos pactos, es decir, que no haya pactos que no estén inscritos o que no sean de conocimiento de la sociedad.
- Respecto a su eficacia, creemos que el legislador no debe de tratar de prever alguna forma de regulación, pues al surgir del fuero privado de las partes, estas se obligan en la manera que ellos crean más conveniente. Como ya se ha mencionado establecer límites pero no establecer estructuras que alteren la esencia de los mismos en cuanto a su flexibilidad. Lo que estaríamos indicando es más bien un marco similar al establecido en el artículo 8° de la Ley General de Sociedades, con algunas modificaciones y salvedades.
- El texto propuesto para el Artículo 8 es el siguiente:

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

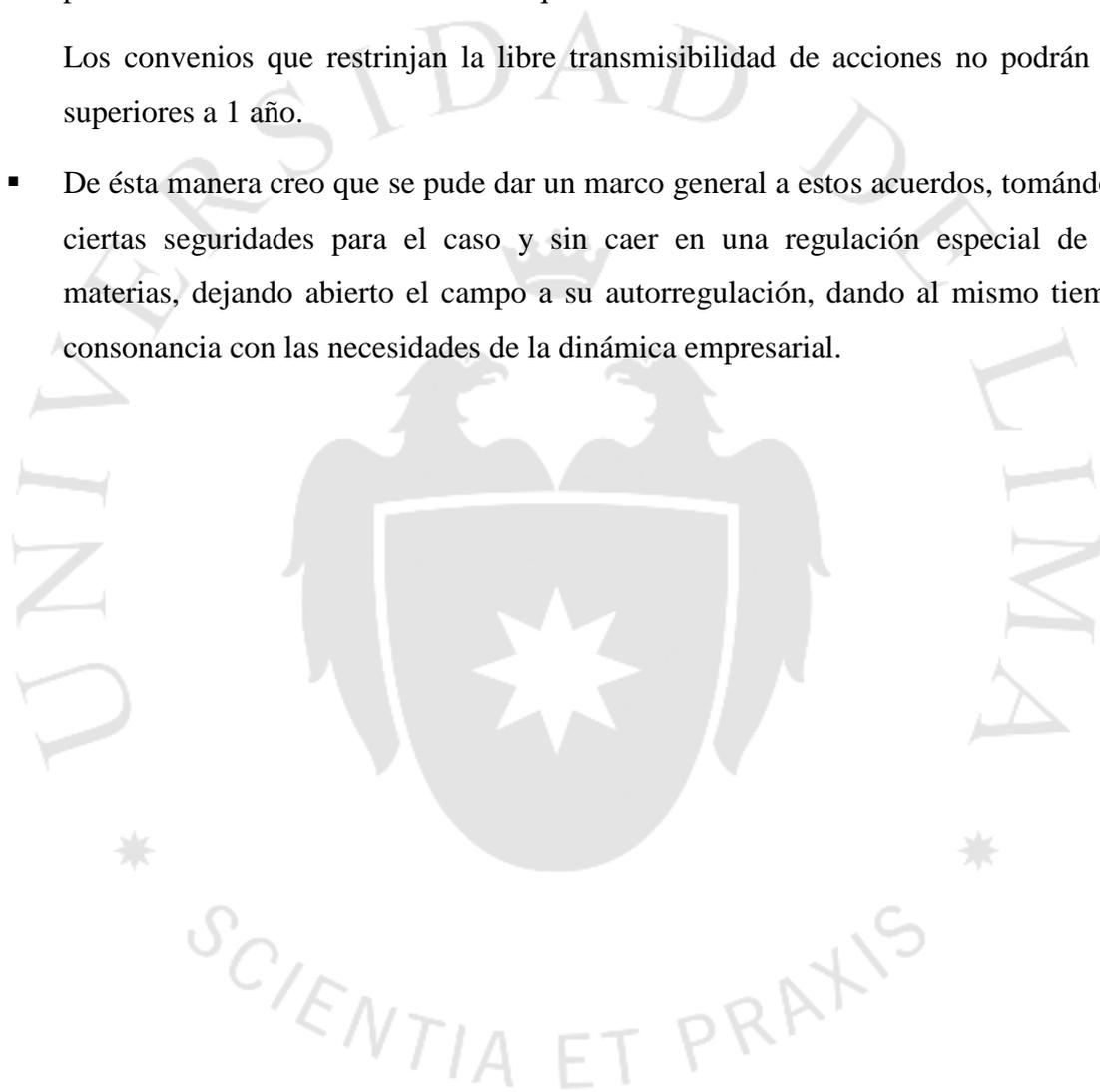
Son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre éstos y terceros, a partir del momento en que le sean debidamente comunicados, bajo sanción de nulidad. La sociedad es

responsable por el registro de los mismos en la matrícula de acciones y la notificación de su existencia a los accionistas, en un plazo de diez días, rigiéndose para su impugnación lo establecido para la impugnación de acuerdos y tomándose como referencia la fecha de su notificación para su caducidad.

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.

Los convenios que restrinjan la libre transmisibilidad de acciones no podrán ser superiores a 1 año.

- De esta manera creo que se puede dar un marco general a estos acuerdos, tomándose ciertas seguridades para el caso y sin caer en una regulación especial de las materias, dejando abierto el campo a su autorregulación, dando al mismo tiempo consonancia con las necesidades de la dinámica empresarial.



RECOMENDACIONES

De acuerdo a lo antes detallado en el presente trabajo de investigación, desde el punto de vista del autor, es preciso recomendar un cambio en el actual cuerpo legal del contenido en nuestra actual Ley General de Sociedades, dispuesto en el capítulo 8, observando para ello todo lo planteado anteriormente, aportándole transparencia y seguridad y delimitando el marco de acción del secretismo, el cual se logra con la obligatoriedad de la publicidad de los pactos materia de discusión, lo cual mejorará y protegerá los intereses de los accionistas, no importando si estos son mayoritarios ni minoritarios, los terceros e incluso la propia sociedad. El presente trabajo de investigación, tiene como propósito aportar a la normativa societaria peruana dotándola de mecanismos que con el tiempo son necesarios y teniendo en consideración la seguridad jurídica.



REFERENCIAS

- Beaumont Callirgos, R. (2002) *Comentarios a la Ley General de Sociedades*, (3.^a ed.), Lima: Gaceta Jurídica.
- Caamaño, C. (s.f.) Sindicación de Acciones. *Revista Electrónica de Derecho Comercial*. Recuperado de: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/caama-01.pdf>
- Cabanellas de las Cuevas, G. (2008) *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, (T. II), Buenos Aires, Eliasta Editorial.
- Código Civil Peruano* (1984)
- Elías Laroza, E. (2002) *Derecho Societario Peruano*, Trujillo: Normas Legales
- Flores Polo, P. (1998) *Nuevo Derecho Societario Peruano*, Lima: Cuzco.
- Garrigues, J. & Uría, R: (1976). *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*. (T. II), Madrid: Institutos de Estudios Políticos.
- Gutierrez Camacho, W. Los Contratos Parasocietarios y la Contractualización del Derecho Societario. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* (52) (en línea)
- Hugo Richard, E. (1997). *Derecho Societario*, Buenos Aires: Astrea.
- Hundskopf Exebio, O. (2009). *Manual de Derecho Societario*, Lima: Grijley.
- Ley de Sociedades Anónimas. (1981) Ley N° 18.046, Chile.
- Ley de Sociedades Anónimas. (1989) Real Decreto 1564/89, España.
- Ley de Sociedades de Capital. (2010) Real Decreto 1/2010, España.
- Ley del Mercado de Valores, Ley N° 18.045, Chile, 1981
- Ley General de Sociedades. Ley N° 26687, Perú, 1997
- Montoya Manfredi, U. (2004) Sindicato de Accionistas. *Libro Ensayos Escogidos*, Lima: San Marcos.
- Palma Jara, J. E. (2013). De los pactos de accionistas en las Sociedades Chilenas. *Revista Chilena de Derecho Comercial* (3)
- Paz – Ares, Cándido (2008). El enforcement de los Pactos Parasociales. F. de M. Córdova (Comp.), *Derecho de Sociedades*, Lima: Grijley

Reyes Vilamizar, F. (2013). *Derecho Societario en Estados Unidos*. Buenos Aires: Editorial Legis.

Rosello de la Puente, R., (1989). La Sindicación de Acciones. *Homenaje a Ulises Montoya Manfredi*. Lima: Cultural Cuzco.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 008-2003-AI/TC

Uría García, R. y otros, (1992) *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Madrid: Civitas.

