

CONVENIOS DE SOCIOS Y ACCIONISTAS

LOS PACTOS PARASOCIALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y EL
DERECHO DE DAÑOS



UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas

TESIS DOCTORAL

CONVENIOS DE SOCIOS Y ACCIONISTAS

**Los Pactos Parasociales desde la Teoría General del Contrato
y el Derecho de Daños**

Presentada por el Ldo. **MARCELO JUAN AMORÍN PISA**

y realizada bajo la dirección del

Prof. Dr. D. FRANCISCO JAVIER PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Marcelo Juan Amorín Pisa
ISBN: 978-84-1117-383-4
URI: <http://hdl.handle.net/10481/75611>

CONVENIOS DE SOCIOS Y ACCIONISTAS
Los Pactos Parasociales desde la Teoría General del Contrato y el
Derecho de Daños

UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL Y DERECHO
ROMANO

DIRECTOR DE LA TESIS DOCTORAL

Dr. D. Francisco Javier Pérez-Serrabona González

Profesor Titular de Derecho Mercantil

Facultad de Derecho

Universidad de Granada

Memoria presentada por

D. Marcelo Juan Amorín Pisa

Granada, diciembre de 2021

CONVENIOS DE SOCIOS Y ACCIONISTAS

LOS PACTOS PARASOCIALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y EL
DERECHO DE DAÑOS

A mi familia

*Al Prof. Dr. José Luis Pérez-Serrabona González, Decano de la Facultad
de Derecho de la querida Universidad de Granada, jurista de decir preciso y agudo e
infinita hospitalidad*

A la memoria de Elvira Presto de Pisa

*No saben que la mano señalada
del jugador gobierna su destino,
no saben que un rigor adamantino
sujeta su albedrío y su jornada.*

*También el jugador es prisionero
(la sentencia es de Omar) de otro tablero
de negras noches y de blancos días.*

*Dios mueve al jugador, y éste, la pieza.
¿Qué Dios detrás de Dios la trama empieza
de polvo y tiempo y sueño y agonía?*

Jorge Luis Borges

ÍNDICE

I Abreviaturas	9
II. Resumen	13
III. Abstract.....	14
IV. Introducción	14
V. Desarrollo de la Investigación	
CAPÍTULO PRIMERO	33
1.1. Descripción de la figura en la dogmática	35
1.2. Tipicidad social.....	39
1.3. Lo que se connota en esta obra con la expresión “pactos parasociales” y con la expresión “convenio de sindicación”	66
CAPÍTULO SEGUNDO CLASIFICACIÓN Y ENUNCIADOS NORMATIVOS	68
2.1. Vertientes clasificatorias	69
2.2. Evolución de los enunciados normativos y su asignación de significado	78
2.2.1. Introducción	78
2.2.2. Derecho español	79
2.2.3. El Derecho argentino	96
2.2.4 El Derecho italiano	97
2.2.5 El Derecho francés.....	103
2.2.6. El Derecho alemán.....	106
2.2.7. El Derecho portugués.....	110
2.2.8. El Derecho chileno	110
2.2.9. Derecho brasileño	111
2.2.10. El Derecho uruguayo	113
2.2.11. Derecho colombiano	115
2.2.12. Derecho mexicano	115
2.2.13. Derecho angloamericano.....	117
CAPÍTULO TERCERO EL CONVENIO DE SINDICACIÓN COMO TIPO CONTRACTUAL	123
3.1. Concepto de calificación.....	125
3.2. Calificación del género pacto parasocial	127
3.3. Tipicidad de primer orden del acto constitutivo del convenio de sindicación	138
a) Tesis del acto colectivo o del acto complejo.....	138

b) El convenio de sindicación como contrato plurilateral	140
c) Consecuencias de la calificación del convenio de sindicación como contrato plurilateral.....	144
d) La posibilidad de que se constituya por testamento	144
3.4. Tipicidad de segundo orden	145
a) Introducción	145
b) Distinción respecto a negocios fiduciarios, indirectos y simulados	147
c) Distinción del contrato de <i>joint venture</i>	151
d) Calificación de la agrupación de personas.....	152
e) Tipicidad social y legal incompleta (para el caso de las sociedades anónimas)- aplicación en subsidio de las normas legales sobre sociedad civil en los sistemas brasileño, español y uruguayo y sobre contratos plurilaterales en el argentino	160
3.5. Conexidad con la estructura normativa de la sociedad.....	166
a) La conexión en lo relacionado a la eficacia contractual	166
b) La conexión en lo vinculado al contenido del pacto parasocial.....	171
CAPÍTULO CUARTO EFICACIA CONTRACTUAL.....	177
4.1) Componentes personales del pacto	179
a) Socios - Accionistas	179
b) La situación del fiduciario en el fideicomiso de administración.....	184
c) Usufructuario de acciones.....	188
e) Convenios celebrados con terceros ajenos a la sociedad.....	194
f) Participación de los administradores	199
g) Participación de la sociedad.....	211
h) Los pactos omnilaterales	223
4.2) Consentimiento	235
CAPÍTULO QUINTO OBJETO Y CAUSA	239
5.1. Objeto	241
5.1.1. El concepto de objeto del pacto parasocial	241
5.1.2. Ilícitud del objeto de los pactos parasociales	244
5.1.3 El objeto de los pactos parasociales - las normas jurídicas individuadas	350
5.2. Causa	408
A) El Derecho positivo en los sistemas jurídicos analizados.....	408
B) Algunas aristas de la causa en los convenios de sindicación	424
C. Causa Ilícita.....	425
CAPÍTULO SEXTO	
DERECHO ESPAÑOL Y ARGENTINO.....	428
6.1. Introducción	430
6.2. Derecho español.....	431
a) Sociedades cotizadas	432

b) Protocolos familiares.....	446
c) La regulación para las ofertas públicas de adquisición en el Derecho español. Su vinculación con los convenios de sindicación	466
6.3. El Derecho argentino.....	479
a) Los convenios de sindicación como contratos de colaboración.....	479
(art. 1442 del CCyCo)	479
b) El convenio de sindicación no es un contrato <i>intuitu personae</i>	481
c) Los pactos sobre sucesión futura relación con los protocolos familiares ...	483
d) El régimen de los pactos parasociales en las sociedades cotizadas argentinas.....	497
CAPÍTULO SEPTIMO DERECHO BRASILEÑO Y URUGAYO	502
7.1 Introducción	504
7.2 Derecho Brasileño	505
7.3 Derecho Uruguayo	519
a) Sociedades Anónimas – Eficacia y Oponibilidad	519
b) Sociedades anónimas simplificadas (SAS) – Eficacia.	529
c) El plazo del convenio de sindicación en el Derecho Uruguayo	538
CAPÍTULO OCTAVO ORGANIZACIÓN, FUNCIONAMIENTO, GARANTÍAS Y DISOLUCIÓN	545
8.1 Introducción	547
8.2 Garantías	547
8.2.1 Concepto	547
8.2.2 Cláusula Penal	547
8.2.3 Escrow y garantías a primera demanda.....	557
8.2.3 Prenda común.....	571
8.3 Prestaciones accesorias	580
8.4 Organización- disolución	586
CAPÍTULO NOVENO RESPONSABILIDAD CIVIL	598
9.1 Introducción	600
9.2 Pretensión de cumplimiento	612
a) Introducción	612
b) Expresiones de voluntad en los órganos sociales en convenios que no tienen eficacia respecto a la sociedad.....	619
c) Ejecución forzada de manifestaciones de voluntad en los órganos sociales para convenios que tienen eficacia respecto a la sociedad	636
d) Ejecución forzada para situaciones jurídica de los socios individualmente considerados –pactos patrimoniales-	643

9.3 Daño previsible e imprevisible - Daños Moratorios acumulables a la pretensión de cumplimiento.....	652
9.4. Pretensión indemnizatoria autónoma de daños.....	653
9.5 Extinción del vínculo con el incumplidor	659
9.6 Tutela inhibitoria	664
VI . CONCLUSIONES	667
VII. BIBLIOGRAFIA	760

I ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense y del Notariado
AA.VV.	Autores varios
ABA	American Bar Association
ADC	Anuario Derecho Civil
ADCU	Anuario Derecho Civil Uruguayo
AEU	Asociación de Escribanos del Uruguay
AIN	Auditoría Interna de la Nación Uruguay
AktG	Aktiengesellschaft (Ley de Sociedades Anónimas Alemana).
AP	Audiencia Provincial de España
ap. o apdo.	apartado
art.	artículo
BCU	Banco Central del Uruguay
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán)
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales de España
BOE	Boletín Oficial del Estado español
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil español
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CCyCo	Código Civil y Comercial argentino
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio

CE	Constitución Española.
CEM	Control Enhancing Mechanisms
cfr.	Confrontar, confróntese.
cit.	Citado/a
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CNUCV	Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena 1980
CNUDMI/UNCITRAL	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Coord.	Coordinador / coordinación (coordinadores)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado-España
Dir. (dirs.)	Director / dirección (directores)
EBT	Empresa de Base Tecnológica
ed.	Editorial / edición
FCU	Fundación de Cultura Universitaria - Uruguay
Foro It.	Revista Jurídica Il foro Italiano
Giur. Comm.	Giurisprudenza Commerciale
Giur. It.	Giurisprudenza Italiana
GmbHG	Gesellschaft mit beschränkten Haftung (Ley alemana de sociedades de responsabilidad limitada)
Ibíd.	en el mismo lugar
LCoop	Ley de Cooperativas
LEC	Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil de España
LISyD	Ley Española 29/1987
LMV	Ley Española 24/1988, del Mercado de Valores

CONVENIOS DE SOCIOS Y ACCIONISTAS

LOS PACTOS PARASOCIALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y EL DERECHO DE DAÑOS

LS	Ley de Sociedades (v. g., LS uruguaya ley 16060 de Uruguay; Ley General de Sociedades argentina 19550; Ley de Sociedades Anónimas de Brasil 6404)
LSA	Real Decreto Español 1564/1989, texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (derogado por la LSC)
LSAS	Leyes que regulan las sociedades por acciones simplificadas, v. g. uruguaya, Título II de la Ley uruguaya 19820; argentina, Título III de la Ley argentina 27349
LSC	Real Decreto Legislativo Español 1/2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
LSLNE	Ley 7/2003 Española, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, modificativa de la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
LSP	Ley Española 2/2007, de Sociedades Profesionales
LSRL	Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada de España (derogada por la LSC)
LT	Ley Española de Transparencia, Ley 26/2003, de las Sociedades Anónimas Cotizadas
MBCA	Ley Modelo sobre Sociedades Comerciales de Estados Unidos de Norteamérica (Model Business Corporation Act)
n.	nota
núm.	Número
op. cit.	Obra citada

OPA	Oferta Pública de Adquisición
par.	Párrafo/s
PCCOM	Principios Unidroit sobre los Contratos
PDCE	Principios de Derecho Contractual Europeo
p. / pp.	Página/s
R. J. Ar.	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RD	Real Decreto de España
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado Español
RM	Registro Mercantil España
RRM	Reglamento de Registro Mercantil España
RTDC	Revue Trimestrielle du Droit Commercial
SA	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial SEC
SAS	Sociedad por Acciones Simplificada
SLNE	Sociedad Limitada Nueva Empresa-España
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
ss.	siguientes
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo Español
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
STS	Sentencia del Tribunal Supremo de España
t. o T.tomo	
Testo Unico	Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 Italia
TRLMV	Real Decreto Legislativo 4/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores
TRLSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TS	Tribunal Supremo Español

UE	Unión Europea
ult. op. loc. cit.	Última obra y lugar citados
UNIDROIT	UNIDROIT Principios de los Contratos Comerciales Internacionales 2004
v.	Ver, véase
v. g.	<i>verbi gratia</i> , por ejemplo
vol.	Volumen/es

II. RESUMEN

El presente trabajo aborda el estudio de los Convenios de Sindicación de socios y accionistas, hoy denominados por su género, Pactos parasociales. Partiendo de los presupuestos, se estudian los elementos, obligaciones, y el régimen de responsabilidad civil, considerando la realidad de algunos sistemas normativos que prevén la posibilidad de su inscripción y consecuente oponibilidad, comparándolo con aquellos que no tienen tal regulación en el *civil law*. Se estudian las regulaciones que emergen de un negocio de uso asiduo en las sociedades anónimas, pero también en las limitadas y personales y se refiere también a los pactos parasociales en las cooperativas. Apelando a los estudios de los doctrinarios en los países centrales del *civil law*, concretamente España, Italia, Francia y Portugal, y a través de su dogmática a la doctrina alemana y en varios países de América del Sur, entre otros, y fundamentalmente Argentina, Brasil, Chile y Uruguay, se pretende aportar a la creación de contenidos para los referidos negocios por los operadores del derecho, toda vez que estos puedan lograr la aprehensión cognitiva de sus aristas y profundizar en las formas de obtener el cumplimiento de las normas individuadas emergentes de los mismos.

Palabras clave: contratos, pactos parasociales, derecho de sociedades, teoría general del contrato, derecho comparado, derecho de daños, responsabilidad civil.

III. ABSTRACT

This article analyzes Partners' and Shareholders' Agreements, better known by their gender as Parasocial Agreements. Starting from the foundations, the elements, obligations and the civil liability regime of the Parasocial Agreements are studied, considering some regulatory systems where they can be registered and consequently become enforceable, compared to those systems that do not have such regulation in the Civil Law. The article analyzes regulations that derive from Public Limited Companies, as well as from Limited Liability and Personal Partnership Companies, and refers to Parasocial Agreements in Cooperatives.

Referencing the research of doctrinaires in the main countries of Civil Law, specifically, Spain, Italy, France and Portugal and via their dogmatic to the German doctrine and in several countries of South America, such as Argentina, Brazil, Chile and Uruguay. The purpose of this article is to contribute to the creation of content for the aforementioned legal businesses by law operators, to contribute with the cognitive apprehension of the matter and to strengthen compliance with individualized rules emerging from them.

Key words: contracts, parasocial agreements, shareholders' agreements, corporate law, contract theory, comparative law, tort law, civil liability.

IV. INTRODUCCIÓN

El origen de las sociedades se encuentra en la propia naturaleza humana y su ánimo lucrativo, pues la decisión de reunir sus fuerzas permite normalmente obtener mejores resultados económicos que bajo actuaciones individuales. Detrás del surgimiento del derecho de sociedades subyace siempre un interés económico y no necesariamente jurídico, pues incluso el revestimiento de dicha unión tiene como objetivo la separación de patrimonios.

En el derecho romano se estructuraban como formas de organización de la comunidad hereditaria familiar, continuador de la gestión del *cujus*. Con el transcurso del tiempo se llegó a una forma societaria en la que los herederos se transformaron en socios (*societas omnium bonorum*); esta sociedad era de tipo familiar, de origen

hereditario y de carácter universal. Luego se dio paso a la “*societas quae ex qua estuvenit*”, también universal, pero que involucraba las ganancias futuras. Más adelante, para satisfacer crecientes necesidades económicas y comerciales, se reconocieron en Roma las llamadas “sociedades particulares”, que a diferencia de las anteriores, solo afectaban a una parte de los bienes de los socios. Sus principales tipos fueron las sociedades “*unius rei*”, cuyo giro estaba limitado a una o varias operaciones; “*alicujus negotiationis*”, dedicada a explotar rubros económicos en forma permanente (por ejemplo, de banqueros, transporte, entre otras). También existieron las “*vectigalium*” o sociedades entre republicanos, destinadas a cobrar impuestos; esta sociedad podía enajenar a terceros los derechos del socio, al igual que las sociedades de capitales. En este mapa histórico debemos tener presente que solo algunas de las sociedades gozaban del “*corpore*” o “*corpus*”, que presentaba cierta similitud con la noción moderna de personalidad jurídica; entre ellas se encontraban las *vectigalium* y las *alicujus negotiationis*. La sociedad era consensual y pertenecía al *ius pentium*, de modo que podían celebrarla todas las personas, sin requerir ninguna formalidad. Roma veía a la sociedad como un contrato, sin personalidad jurídica y sin que sus efectos fuesen trascendentes a terceros. Concibió sus elementos fundamentales en la obligación de aportar, el fin económico de toda sociedad, y en la repartición de utilidades. La separación del patrimonio personal de los socios del familiar parece venir de la creación del crédito, pues cuando se comenzaron a realizar negocios a largo plazo, apareció la necesidad de garantizarlo. Otro antecedente se encuentra en la imposición de la responsabilidad solidaria de todos los socios por las deudas de la razón social común, lo que se mantiene en ciertos ordenamientos en la sociedad civil, la que carece de esta forma de personalidad jurídica en tanto no tiene capacidad jurídica para ser titular de obligaciones (v. g., Uruguay).

Posteriormente surge la necesidad de separar el patrimonio del socio respecto del de la compañía, sobre todo considerando la incorporación de personas extrañas a dicha asociación, es que en las sociedades personales la responsabilidad ilimitada se vincula a esa característica de personalidad, pues no es indiferente con quién uno se asocia.

Se distinguían las sociedades universales de las particulares. Las primeras comprendían todos los bienes presentes y futuros o todas las ganancias y deudas provenientes de la actividad de los socios, a diferencia de las sociedades particulares, que incumbían a ciertos negocios o tipo de negocios. Un dato relevante es que la sociedad romana carecía de efectos respecto de terceros, pues era un contrato que producía solamente un vínculo obligatorio entre los socios: ellos se obligaban a repartir los beneficios y a liquidarla en caso de disolución. El vínculo, por tanto, era interno.

El derecho canónico no trató de las sociedades con fines de lucro, pero influyó fuertemente en la concesión de la personalidad jurídica a estas entidades.

En el derecho germánico existieron las llamadas comunidades de marcas o villas. También se recuerdan las asociaciones industriales o corporaciones de artesanos con oficios similares, que se asemejaban a los gremios en cuanto forma de organización corporativa. Igualmente existían las asociaciones mineras, “Gewerkschaften”, en que la mina poseída en común se entendía dividida en cuotas o *kux*. Los comuneros pueden ser dueños de una o más de esas cuotas y así se regulaba el derecho a la utilidad y el monto de los aportes, donde las cuotas eran susceptibles de ser enajenadas e hipotecadas. Finalmente encontramos las “Genossenschaften”, que eran verdaderas asociaciones o sociedades contractuales que podían versar sobre marcas u otros objetos. En estas se requería de la mayoría o de la unanimidad de los miembros, dependiendo de la importancia o trascendencia de la decisión. Se reconocían ciertos derechos a los socios, como el de deliberar y tomar decisiones, y el derecho a percibir utilidad. En la organización germana existió una propiedad común de la tierra y ciertos bienes correspondientes a la familia o al grupo tribal, y esos bienes eran utilizados por los integrantes de la comunidad de acuerdo con su propia organización interna, pero sin que ninguno de ellos tuviera individualmente un derecho específico sobre una parte de esos bienes, ni una cuota determinada en el total. La participación en la comunidad derivaba de la pertenencia al grupo y no podía ser transferida a terceros ajenos a él. Los integrantes estaban asociados entre sí por el “derecho de venganza”, por el cual cada uno de ellos era responsable frente a cualquier miembro de otra estirpe por los daños cometidos por alguno de los integrantes de su comunidad. La propiedad del conglomerado formaba una unidad colectiva y la gestión de ese patrimonio era conducida siempre en interés del ente colectivo y no del individual.

En la actualidad, en los países del “civil law”, y aun fuera de ese sistema, se concibe a la sociedad con personalidad jurídica, de manera que las ventajas que se

esgrimen frecuentemente respecto de ellas son las siguientes: a) El empresario puede dividir o separar su patrimonio, que podríamos calificar como meramente civil (los bienes dedicados para la vida familiar, sus ahorros, etc.), del patrimonio preciso para el ejercicio de la empresa de la que es titular. b) A raíz de lo anterior, su responsabilidad patrimonial por los actos y contratos celebrados a nombre de la sociedad, también se veía disminuida ya sea parcial o totalmente, dependiendo del tipo social que se constituya. c) Frente a las dificultades que se presentan a una persona natural o jurídica para ser titular a un mismo tiempo de varias empresas o negocios diversos (es decir, dedicados a actividades diferentes), ofrece indudables ventajas la constitución de varias sociedades, que tengan por objeto el desarrollo de las diversas actividades, con la consiguiente especialización. El control del conjunto de sociedades sometidas a una dirección unitaria dio lugar a los grupos de sociedades. d) La constitución de la sociedad tiene un interés especial para la acumulación de capitales por parte de varias personas en una cuantía que difícilmente puede alcanzar una persona individual. Es más, solo por medio de determinados tipos de sociedad podría acudir a la difusión de sus acciones entre el público, por medio del llamado mercado de valores o de capitales.¹

De esta forma, las sociedades tanto comerciales como civiles se han erigido en el instrumento jurídico para la conjunción de los medios económicos en los últimos siglos. Las primeras sociedades anónimas surgieron en el siglo XVII para conformar con inversores, entre otros proyectos, la navegación por la compañía Holandesa de las Indias Occidentales. La sociedad anónima comenzó a tomar su perfil a nivel de enunciados normativos en el siglo XIX, con la Revolución Industrial, y esto se profundizó con el desarrollo del sistema capitalista en el siglo XX.

Arribada la modernidad tardía, o sociedad del rendimiento o del cansancio, nuevos desafíos enfrenta la sociedad como forma de agrupar situaciones jurídicas. Una observación de base, cabe preguntarse si tiene sentido apelar a estas pesadas estructuras pensadas para muchos, en situaciones donde los sujetos solo buscan limitar la responsabilidad; en la América hispana la respuesta ha sido sí. En efecto, se han dictado

¹ Raconto extraído de VÁSQUEZ PALMA, Ma. F., *Sociedades –Comerciantes, empresas, grupos de empresas, joint venture, y otros sujetos del derecho comercial–*, 3ª ed. actualizada con Jurisp., Ed. Thompson Reuters, Santiago de Chile, 2019, pp. 155-159. Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, J., *Instituciones de Derecho mercantil*, p. 29.

a granel en los últimos cuatro años, leyes tituladas de fomento para emprendedores o similar, donde se regula la constitución de sociedades anónimas que se denominan simplificadas; aunque como veremos a lo largo de esta obra, con peculiaridades que intentan flexibilizar las clásicas limitaciones de orden público en el derecho societario.

Esta regulación, que va de país en país latinoamericano, apunta a morigerar las limitaciones a la autonomía de la voluntad y así el intervencionismo estatal en materia societaria, procurando las ventajas en cuanto a limitaciones de la responsabilidad de las sociedades anónimas, un abatimiento en los costos de constitución y una flexibilización del contenido del estatuto social. Desde estudios corporativos se ha señalado que esto abre un campo propicio para la estructuración de relaciones entre accionistas, dejando de lado los pactos parasociales, para regular lo que aquellos estatutos prediseñados de las sociedades anónimas adquiridas en verdaderas fábricas de sociedades no preveían, augurio que no vemos de fácil producción por la reticencia a exponer dichas regulaciones. Desde la visión de experimentados operadores latinoamericanos del derecho, es necesario avanzar aprovechando esta regulación que valoran de positiva, hacia modificar el régimen de normas imperativas con un pesado control estatal, que no se ven compatibles con la realidad empresarial actual.

En las economías capitalistas de mayor porte, la sociedad anónima cotizada es la estructura para concentrar capital y al mismo tiempo favorecer la dispersión de sus titulares. Esa dispersión de las acciones, títulos representativos del capital, comporta la inclusión de diversos intereses los que si bien convergen al menos en los trazos que emergen del objeto social, divergen en otros aspectos.

En el contrato o estatuto social están presentes los enunciados normativos de los que surgen las reglas de derecho, que encuentran su ámbito de aplicación en los integrantes de la sociedad, además de en ésta propiamente.²

El funcionamiento de las sociedades comerciales se basa en una estructura de órganos que se mantiene a través del tiempo, y en los países, en cuanto a la regulación, es posible identificar en forma constante un órgano de gobierno, un órgano de administración y uno de fiscalización.³

Los órganos de gobierno existen en todos los tipos sociales, aunque la regulación legal resulta abundante en algunos e inexistente en los demás. Así, en la

²BARBI FILHO, C., “Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no Direito Brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal”, *RDM* (121): 31-55, enero-marzo 2001.

³CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 4 – *Los órganos societarios*, 1ª ed., Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 11.

sociedad colectiva, la sociedad en comandita simple, la sociedad de capital e industria, el órgano de gobierno es la reunión de socios; también en estos tipos sociales la fiscalización recae directamente en los socios, sin la preceptiva existencia de un órgano de fiscalización. En las sociedades de responsabilidad limitada, será la reunión de socios o la asamblea, según se haya dispuesto en el respectivo ordenamiento, en algunos depende de la cantidad de socios. Para las sociedades anónimas, el órgano de gobierno es la asamblea. Usualmente solo se inserta en la ley en forma detallada para las asambleas de las sociedades anónimas, en los restantes tipos sociales, las normas son escasas y se encuentran dispersas.⁴

Respecto a la pregunta, en quiénes se concentra el poder, en el sistema estadounidense, comúnmente la toma de decisiones para el manejo efectivo en las sociedades recae en los administradores, donde la participación de los socios o accionistas es muchas veces formal. Guillermo Matta y Trejo indicaba hace algunos años: “Hemos asistido y reconocido al traspaso del poder de la asamblea al directorio, pero también la atenta observación de la realidad nos ha llevado a concluir que existe una traslación del poder del directorio a los directores ejecutivos o internos, quienes deciden la operación diaria, el día a día de los negocios sociales”.⁵ La fragmentación de los accionistas y su carácter de profanos en el manejo cada vez más complejo de los negocios habría llevado a que manifestaran su aquiescencia a los planteos de los administradores, quienes manejarían las sociedades, lo que se encontraría facilitado por la ausencia o pasividad de los socios, que cumplirían una función meramente ceremonial.

En las grandes sociedades cotizadas de los países desarrollados que cuentan con las características mencionadas, si los socios valoran negativamente la gestión de la administración, les resultará dificultoso lograr, en caso de gran fragmentación del capital, las mayorías para remover a los administradores. La persona física ha ido perdiendo trascendencia, pasándose de la sociedad comercial, en la que las características personales del sujeto eran lo esencial, a aquellas en que las características

⁴ Para las cooperativas, en muchas legislaciones tampoco existen estas normas, generándose dudas en torno a en qué aspectos les resultan aplicables las normas sobre sociedades anónimas.

⁵MATTA Y TREJO, G., *Sociedades Comerciales – Los Administradores y los socios – Gobierno Corporativo*, Buenos Aires, 2004, p. 229.

personales del sujeto devienen cada día menos importantes, hay al parecer una fungibilidad del sujeto.⁶

En Latinoamérica, en cambio, salvo excepciones, las sociedades anónimas cuentan con un par o a lo sumo un puñado de accionistas, muchas veces integrantes de una o varias familias, con votos suficientes como para controlar la sociedad. Las consideraciones sobre el papel que cumplen los administradores en las sociedades cotizadas de los países centrales, solo puede considerarse aplicable, en estas realidades, a las grandes cooperativas, en las que los socios interesados en sus servicios se despreocupan de su administración y cuando esta no les satisface, optan por desvincularse.

En las sociedades de pocos socios o accionistas, cuando estos entienden que corresponde remover a los administradores, lo hacen, muchas veces por motivos que en nada se relacionan con la gestión de los mismos. El control de la sociedad reside en los socios, en una disputa entre estos y las gerencias, serán los socios quienes prevalecerán. Es cierto que muchas veces hay dificultades en reunir las asambleas formalmente, también es cierto que los socios tienen el control de las sociedades, a través de la potencialidad de que la asamblea sesione y destituya a los administradores. Aún en sociedades de mayor porte esto es posible, más aún en aquellas de menor magnitud, integradas por personas relacionadas por lazos de “amistad” o familiares.

Los actos de los órganos de gobierno adoptados en el marco de las atribuciones que la ley o el contrato social les confiere, generan efectos a nivel externo e interno de la sociedad.

Refieren a la conformación del contenido del contrato o estatuto social, a determinar la integración de los restantes órganos sociales y controlar el desempeño de los titulares, a asegurar el ejercicio de los derechos de los socios y, finalmente, a adoptar decisiones de suma trascendencia en la organización económica del patrimonio del que es titular la sociedad. Las decisiones se toman por mayoría computando el capital social y requiriéndose en algunos casos mayorías especiales.

Al adoptar decisiones existen entre los socios tensiones en función de sus distintos intereses; debe tomarse en cuenta que las relaciones societarias son prolongadas y constituyen vínculos complejos que inciden en la situación económica de los socios y su núcleo familiar.

⁶GARRIGUES, J., “Teoría General de las Sociedades Mercantiles”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1974, pp. 7-8.

Para las sociedades anónimas, unos accionistas están en el control, otros en posición minoritaria, algunos pretendiendo perpetuarse en la toma de decisiones y fijando su objetivo en el mantenimiento de la organización económica que subyace a la sociedad, otros que adquirieron acciones como inversión pretendiendo la pronta generación de lucro en función del dinero invertido.

Las relaciones de poder entre los socios o accionistas son dinámicas, pueden incluso variar según varíen sus intereses, o incluso por factores emocionales de los involucrados.

Para concertar decisiones para la marcha de la actividad social surgen los denominados “Convenios de Sindicación”, especie del género “Pacto Parasocial”; los socios se agrupan y en el funcionamiento de esa agrupación acuerdan cómo actuarán. Las decisiones adoptadas por esa agrupación en forma previa a la reunión del órgano de gobierno de la sociedad, son obligatorias para sus integrantes, que dan cumplimiento a lo resuelto, aunque muchas veces actúan mediante un representante, que ejerce el voto actuando por los sindicatos.

Posibilitan estos pactos preordenar las relaciones entre los socios o accionistas de la sociedad, mediante la actuación de una organización configurada fuera de la sociedad aunque conexas con aquella. En el caso de las sociedades anónimas, la conexión en sistemas jurídicos como el brasileño, colombiano o uruguayo puede intensificarse, llegando incluso a insertarse lo dispuesto en el convenio en el conjunto de normas jurídicas atinentes a la sociedad.

La celebración de estos acuerdos facilita los agrupamientos de los sectores minoritarios para tutelar de mejor forma sus intereses, o permite, respecto a los mayoritarios, una cohesión con designios de permanencia que colabora con la estabilidad que se requiere si se desean fijar políticas de mediano y largo plazo, eludiendo vicisitudes no deseadas, para la adecuada formulación de un plan de negocios consistente.

Se evita así, cierta tendencia a la disgregación o dispersión, que puede ser provocada por el afán de hacer prevalecer determinados intereses temporalmente acotados de algunos socios.⁷

Resulta esta agrupación, facilitadora de la obtención de aproximaciones y acuerdos entre los socios, en un marco de libertad e igualdad. Es este uno de los reductos del derecho privado patrimonial, donde el paradigma de la autonomía privada se mantiene enhiesto, tal como fuera concebido por los clásicos.

El análisis de la figura se efectuará aquí a partir de la teoría general del negocio jurídico y de la metodología de análisis de la eficacia negocial; en territorios donde el metalenguaje de la teoría general, que hoy puede calificarse de clásico, y en particular el concepto de autonomía privada siguen siendo pertinentes.⁸

La decisión de elección del tema reposa en la profundización de nuestra Tesis de Maestría, cuya publicación sugirió el Tribunal y se efectuó en 2004, concluyendo con nuestra obra *Convenios de Sindicación en las Sociedades Comerciales – Análisis desde la Teoría General del Contrato*, -Montevideo 2009- que implicó una primera aproximación al tema, desde la que el siempre recordado catedrático uruguayo de derecho mercantil Siegbert Rippe, su prologuista, calificó de “*perspectiva civilista contractualista*”, procurando ahora extendernos en toda la dimensión con una visión global del derecho privado patrimonial, que arroja nuestra labor como docentes encargados del curso de Obligaciones - Contratos Civiles, Derecho de Daños y Derecho Cooperativo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República en Uruguay, y nuestro ejercicio profesional en materia de Derecho Mercantil, a partir de haber incursionado a nivel académico en temas históricamente propios de ese segmento del derecho privado patrimonial, considerando además las variantes en la dogmática en estos años.

⁷MASCHERONI, F. – MUGUILLO, R., *Régimen jurídico del socio. Derechos y obligaciones en las sociedades comerciales*, colaborador Juan Carlos Couso, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 199-200.

⁸ Se toma el concepto de autonomía privada de la obra de Luigi Ferri, *La autonomía privada*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969. La cita a esta obra, que puede resultar antigua, se explica si se toma en cuenta que en el Uruguay la obra de Ferri fue retomada por Eugenio CAFARO y Santiago CARNELLI en *Eficacia contractual*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989. De estos últimos tomamos la metodología de análisis de la eficacia contractual. Francesco GALGANO, en el Prólogo para la versión en castellano de la obra *El negocio Jurídico*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1992, ha afirmado: “Podemos vivir felices ignorando el concepto de ‘Negocio Jurídico’”. Señala sin embargo que la construcción de L. Ferri supera las críticas que le merecen los desarrollos de Betti o Scognamiglio, fundamentalmente respecto al testamento como negocio jurídico, y agrega que la obra de L. Ferri “merece ser revisada en una época como la actual”(op. cit., nota 31).

Nos ocuparemos del estudio profundo de los presupuestos, elementos, las obligaciones, y el régimen de responsabilidad civil, en particular de la prevención y precaución de los daños, a través de mecanismos idóneos, considerando la realidad de algunos sistemas normativos que prevén la posibilidad de su inscripción y consecuente oponibilidad, comparándolos con aquellos que no tienen tal regulación en el *civil law* y efectuando algunas referencias al *common law*. Analizaremos entonces, las regulaciones que emergen de un negocio de uso asiduo en las sociedades anónimas, pero también en las personales, considerando la situación en sociedades de cualquiera de esos tipos, pero que económicamente pueden calificarse de empresas familiares, entendiendo por tales aquellas en que la familia posee una participación accionaria suficiente para ejercer el control y/o tiene suficiente representación en los órganos de gobierno corporativo, pudiendo o no intervenir en la gestión del día a día. Además de todo lo anterior, la familia debe haber dado pruebas explícitas de que piensa traspasar la propiedad y sus valores empresariales a la siguiente generación.⁹

Incluso nos referiremos a los pactos parasociales en las cooperativas, cuya admisibilidad hemos postulado en Sudamérica, en conclusión que fuera calificada por el tratadista argentino Alfredo Althaus de “fundada pero polémica”.¹⁰

Es cierto que en Europa se ha escrito bastante sobre esta figura en los últimos diez años, esto no puede sorprendernos, pues como señalaba Eugenio Llamas Pombo, nunca se ha escrito tanto como en lo que va del siglo XXI, no de este sino de todos los temas jurídicos.¹¹

En el presente se procurará, apelando al producto de la creación de los doctrinarios que estudiaron el tema en los países centrales del *civil law*, concretamente, España, Italia, Francia y en varios países de América del Sur, entre otros y fundamentalmente, Argentina, Brasil y Uruguay, aportar a la creación de contenidos para los referidos negocios por los operadores del derecho, toda vez que estos puedan lograr la aprehensión cognitiva de sus aristas.

⁹TÁPIES LLORET, J., *De empresa familiar a familia empresarial*, Ediciones Deusto, disponible en www.e-deusto.com/buscadorempresarial (código 8442).

¹⁰AMORÍN, M. y ALGORTA, P., *Sociedades Cooperativas. Sistema y Derecho Cooperativo*, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo, 2010, pp. 217-221.

¹¹LLAMAS POMBO, E., *Actualidad Civil*, N° 20, Sección “Carta al Lector”, Quincena del 16 al 30 nov. 2010, t. 2, La Ley, p. 2347.

Referiremos a la jurisprudencia en algunos de esos países, conscientes de que la mayor parte de los conflictos intersubjetivos de intereses en torno a situaciones reguladas por este tipo de negocios, difícilmente se terminen ventilando en los estrados, más aún si se regulan los mecanismos necesarios para la autocomposición o heterocomposición a través de mecanismos alternativos de resolución de controversias.

Partiendo desde la teoría general del negocio jurídico y el contrato, avanzaremos hacia este tipo contractual, analizando los contenidos con tipicidad social en los referidos convenios, clásica o modernamente planteados. Además del análisis estructural de los presupuestos y elementos de los diversos tipos contractuales que comporta el género pactos parasociales, incursionaremos en el estudio de la etapa funcional de ejecución de las obligaciones, en particular para analizar la situación de exigibilidad no seguida de cumplimiento y de las alternativas ante tal situación.

Insertando a los pactos parasociales en el contexto societario, nos referiremos a las soluciones que brinda su celebración como mecanismo idóneo para secundar necesidades de sus otorgantes y emulando la vieja pregunta en torno a la causa del contrato, procuraremos desentrañar el “para qué” se celebran.

En casi todos los sistemas jurídicos, los pactos han dejado de considerarse negocios con objeto ilícito, el debate se ubica en torno a su inoponibilidad. Pero el significado de oponibilidad en sí mismo está cargado de un importante componente teórico que deberemos dilucidar, distinguiéndolo de la eficacia o ineficacia y de la irrelevancia.

Para el estudio de la verificación de presupuestos de existencia y de validez de un negocio jurídico, cualquiera fuere, debemos centrarnos en la teoría general del contrato; en este caso, el contenido surgirá de la práctica que necesariamente se vincula con el fenómeno al cual accede el contrato de sociedad y la sociedad como agrupación de personas. Contemporáneamente, hay ordenamientos como el brasileño, o el uruguayo, que cuentan con una regulación respecto a la oponibilidad del pacto a la sociedad para el caso de las sociedades anónimas; no así para otros tipos sociales, pero aun en sistemas que no cuentan con una regulación específica respecto a la situación de la sociedad ante el pacto, se ha discutido respecto a dicha oponibilidad y se han buscado mecanismos que propendan a asegurarla en ejercicio de la autonomía privada.

En España, el art. 29 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), establece sin ambages, la inoponibilidad de los pactos a la sociedad. Si bien la disposición

normativa allí está, cabe preguntarse qué ocurre cuando la sociedad es pactante, o si a través de negocios abdicativos de los socios, u otros mecanismos, es posible lograr lo que interesa –en tiempos de *smart contracts* y “garantías a primera demanda” o tutela preventiva o incluso precautoria del daño–, esto es, que el acreedor obtenga su utilidad y consiga que el deudor haga algo que por sí mismo no habría hecho, parafraseando la versión de Dahl.¹²

En España –alcanza con leer la profusa bibliografía sobre el negocio– se percibe el esfuerzo por dar argumentaciones jurídicas respecto a qué connota y denota el negocio y cuáles son los remedios ante el incumplimiento; incluso los reclamos de la dogmática respecto a la necesidad de regulación en algunos casos.

Sin embargo, en países que tienen regulada la oponibilidad a la sociedad mediante ciertos ritualismos, paradójicamente, estos pactos no son habitualmente inscriptos y se apela a mecanismos que aseguren el cumplimiento sin que el registrador se entere de lo que han pactado los accionistas. Se constata, de forma palmaria, una necesidad que impone la realidad y hace que ese tipo de negocios se vean como alternativa para manejar, de forma que no sea pasible de publicidad, ciertos aspectos que interesan a los socios o accionistas y que no es relevante ventilar en el contrato o estatuto social, incluso porque podrían generar debates, análisis o valoraciones en el registrador de estos últimos, que dificultarían la constitución de la sociedad.

Si uno observa la operativa societaria, sin noticia de la existencia de los pactos, no podrá percibir la incidencia que tienen sobre su funcionamiento. De entre los países en que los pactos parasociales se hacen visibles, a través de su registro, merece destacarse Brasil,¹³ por su dimensión y por contar con una regulación de su inscripción e incidencia en la sociedad, que fue pionera en esta forma de legislar estos negocios, data en ese país desde hace más de cuatro décadas y contiene remedios radicales para prevenir el incumplimiento.¹⁴

¹²DAHL, R. A., “A Critique of the Ruling Elite Model”, *American Political Science Review*, vol. 52, 1958, pp. 463-469. *Apud* GUZZINI, S., “El poder en Max Weber”, *Relaciones Internacionales*, N° 30, octubre 2015-enero 2016, Grupo de Estudios de Relaciones Internacionales (GERI) – UAM, p. 98.

¹³ El PIB de Brasil en 2019 ascendió a 1878 billones de dólares, y la población de esta república federal es del entorno de doscientos veinte millones de habitantes, este país cuenta con más de mil facultades de Derecho.

¹⁴ Ley N° 6.404/76, art. 118, donde se regula específicamente los “Acordos de Accionistas”.

Esta investigación se conformará de nueve capítulos.

En el primero de ellos nos aproximamos de forma descriptiva al negocio jurídico, desde su tipicidad social.

En el segundo abordamos sus vertientes clasificatorias ingresando a los subtipos posibles, para conformar así en estos dos capítulos una presentación desde los rasgos con que ha definido la dogmática al negocio. Ingresamos también en los enunciados legislativos que incumben al negocio en distintos países y el tratamiento que ha dado la dogmática a los mismos.

En el capítulo tercero analizamos al convenio de sindicación como tipo contractual, su tipicidad de configuración y de regulación en general, con referencia a los países centrales del *civil law* y a la regulación en el derecho angloamericano. También su conexidad con el contrato social.

En el capítulo cuarto analizamos los presupuestos del negocio, la posibilidad jurídica de los otorgantes de celebrarlo, la incidencia de los componentes personales del negocio en su tipificación, entre otros, el beneficiario de derechos reales de garantía sobre las acciones o partes sociales, el fiduciario o incluso la propia sociedad o aun terceros y las características del consentimiento.

En el capítulo quinto referimos al objeto, lo que incluirá el detalle de las cláusulas que es socialmente típico incorporar a estos negocios en el derecho continental para el ejercicio del gobierno y la administración de la sociedad, en lo que dice relación con el comportamiento de los componentes personales del negocio o de los administradores sociales, limitando además el poder de disposición de las partes de capital en la sociedad o regulando las condiciones de la comercialización. También la causa, identificando los pactos unilaterales, bilaterales y plurilaterales y los supuestos donde defecciona este elemento estructural del contrato.

En el capítulo sexto nos ocuparemos de su tipicidad de configuración y regulación en el derecho español y argentino; y en el séptimo en el brasileño y uruguayo, respectivamente. La segmentación refiere a las similitudes en la regulación en ambas duplas de países.

En el derecho español nos detendremos en la regulación de los protocolos familiares, conforme con lo regulado por el Real Decreto 171/2007, que ha habilitado su publicidad, y en los pactos que tienen lugar en el marco de las sociedades cotizadas, que el legislador ha preceptuado sean objeto de publicidad conforme con lo previsto en los arts. 530 a 535 de la LSC.

En el derecho brasileño, pionero en este tema, corresponderá la asignación de significado al art. 118 de la Ley 6404 del 15 de diciembre de 1976, en la redacción dada por la Ley 10303 del 31 de octubre de 2001. En la redacción original, que en este aspecto se mantiene vigente, establece: “*Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas*”. Ingresando en uno de los temas claves del asunto, el denominado hace mucho tiempo por Paz-Ares “*enforcement de los pactos parasociales*”.¹⁵

En el derecho uruguayo el asunto se descompone en dos sectores. Respecto a las sociedades anónimas y sociedades por acciones simplificadas, existe un tipo contractual que recibe explícita acogida y somera regulación desde el art. 331 de la Ley 16060 de Sociedades Comerciales de aquel país, modificado en cuanto al plazo por la Ley 17.243 y la Ley N° 19.820 art. 28 respectivamente; no existen enunciados normativos destinados a regular esta figura para los restantes tipos sociales.

En el capítulo octavo se estudiarán las situaciones jurídicas en que se ubican los pactantes, como consecuencia de la celebración del negocio, la organización, funcionamiento y disolución de los convenios de socios que comportan un fenómeno asociativo no societario, así como las disposiciones que pueden adoptarse para asegurar su incidencia en la sociedad.

En el capítulo noveno analizaremos la exigibilidad no seguida de cumplimiento de las obligaciones asumidas; con prestaciones de contenido proteiforme, donde el incumplimiento constituye un evento dañoso que tiene en la sociedad un destino de réplica de daños. Este negocio conexo al contrato social y al funcionamiento de la sociedad a la que accede importa en ocasiones la producción de daños que se sostienen en el tiempo y repercuten de modo sustancial en varios protagonistas. La mención al carácter proteiforme dice de la relación con la clase de obligaciones asumidas que no se limitan, sobre todo en la variante denominada históricamente como convenio de sindicación, en un “*do ut des*”, sino que se relacionan al incumplimiento de obligaciones convergentes de dar, hacer y no hacer.

¹⁵PAZ-ARES, C., “El *Enforcement* de los pactos parasociales”, *Actualidad Jurídica*, N° 5, Estudio Uría & Menéndez, Madrid, 2003, p. 43.

La conexidad del pacto con el funcionamiento de la sociedad impacta profundamente en aquella con daños de diversa índole y con daños continuados en algunos casos. Se estudiarán los resultados de requerir la ejecución forzada específica, o la denominada por equivalente – rectius, pretensión indemnizatoria autónoma- y la indemnización de daños moratorio, o aún compensatorios en caso de ser posible la resolución del contrato. Esto, con las dificultades que genera por el impacto en el patrimonio de la sociedad y su rebote en los patrimonios individuales, además de los generados directamente a aquellos. También la incidencia del apartamiento de lo debido en los actos colectivos emanados de los órganos sociales. Es clásico, como decíamos antes, apelar a mecanismos diversos para obtener la satisfacción del interés del acreedor o dificultar el apartamiento de lo debido, por diversas vías que serán planteadas en Capítulo octavo.

Se procura describir mecanismos eficaces para excluir los supuestos de apartamiento de lo debido, sumando situaciones jurídicas activas a los distintos componentes del contrato, para obtener el “homenaje kantiano” a las normas que se ingresan al sistema a través del mismo, en un segmento donde, a mi juicio, la autonomía privada se mantiene hoy tal como fue concebida por los clásicos, por lo que un régimen legal escueto no puede ser óbice para que se diseñe la herramienta apropiada.

En tiempos donde, por el contrario, se padece la que ha sido calificada de verdadera inflación legislativa, esta descripción, es posible -desde la construcción doctrinal, y adicionando una regulación somera a nivel legislativo- excluir la falta de certezas que puede plantear este tipo negocial de no ser apropiadamente blindado su cumplimiento.

La constatación del uso masivo de pactos parasociales de estilo, como los denominados convenios de bloqueo, lejos de verse como un fracaso de la regulación del derecho de sociedades, debe verse como otro ámbito de regulación, conexo y discreto, que no es conveniente sea conocido por los terceros, que hace a la intimidad de los socios y debe distinguirse de las mejoras que puedan proponerse al derecho societario, que se mantiene enhiesto aun en la vorágine legislativa que impera en Europa, aunque es detectable en el mismo, cierto exceso en las limitaciones a la autonomía privada, propias de tiempos de mayor dirigismo.

La modificación del derecho societario, para dar más ámbito a la autonomía privada, es asunto que merece análisis; Sin embargo, en cuanto a su impacto en la práctica, aunque puedan incluirse en los estatutos sociales ciertas regulaciones a la luz

de la posible apertura del muro del orden público, probablemente sigan siendo materia de los pactos parasociales, y no pasen a incluirse en los estatutos cuya exposición pública es palmariamente mayor; si bien esto se haya pretendido para las sociedades anónimas simplificadas en Latinoamérica.

No debe pensarse en que hay algo sibilino en esta forma de proceder, sino que la materia se refiere a aspectos a definir puertas adentro de la sociedad. Así, la flexibilización del orden público societario, aun de concretarse, no comportará necesariamente que los temas posibles de regular se ubiquen en el estatuto o contrato social. Hay ciertos aspectos de la realidad material que trascienden la formalidad de los tipos, las regulaciones y las limitaciones; aspectos que dicen tener relación con si se trata de una sociedad conformada por una familia o dos familias, o por personas físicas o jurídicas que desarrollaban previamente en solitario su actividad profesional, o por un creativo y uno que tenía dinero y lo aportó, situaciones de realidad que pueden no encajar en los modelos preestablecidos. Esto último, si bien esos modelos “tipos sociales” pueden resultar en ocasiones una imagen del siglo pasado, en la que deben encajar los protagonistas de la actividad económica actual.

La realidad indica que las “asambleas de socios” solo tienen lugar cuando el empleado del estudio contable plasma “lo ocurrido”, siendo que muchas veces las decisiones se adoptan claramente en otros ámbitos, con un intercambio que no se da en concordancia con un debate propio de una instancia asamblearia, sino por ejemplo, sirviéndose de herramientas como *WhatsApp* o similares, que han vuelto a poner en primer plano el intercambio epistolar.

Esto, sin contar que es siempre inescrutable la etiología de la voluntad, cualquier profesional de práctica en la materia sabe que las asambleas o juntas reales – tal como fueron imaginadas por los institucionalistas del interés social– se verifican, ya entrado el siglo XXI, casi siempre y solamente ante supuestos de conflicto donde las mociones se llevan redactadas o dependiendo de cómo se vayan dando los hechos son redactadas *in situ* por los profesionales que a la sazón asesoran a los accionistas en la emergencia.

Justamente la celebración de estos pactos parasociales tiende a formalizar el proceso de toma de decisiones, que solo desde una perspectiva que no conozca el

funcionamiento real de las sociedades y tal vez tenga una visión párvula de la naturaleza humana puede pensarse circunscrito a la “ponderada deliberación formulada en la instancia asamblearia”.

Esto no tiene incidencia alguna en otros intereses que incumben a la sociedad, vista como una herramienta para la obtención de la finalidad pretendida, la obtención de beneficios, aunque inserta en una sociedad y un tiempo en que debe interactuar de forma amigable con el entorno. En el derecho brasileño, esto último surge de expresa imposición legal, pues la compañía debe conducirse en su interés, pero satisfechas las “*exigências do bem público e da função social da empresa*”.

Mientras, el derecho societario explora cambios a la forma clásica de limitación de responsabilidad de los socios a través de estructuras societarias, y varía así el “estado de socio”, instrumento terminológico para utilizar un único concepto descriptivo del conjunto de derechos, obligaciones y responsabilidades que emanan de la condición de socio, que se compone de relaciones jurídicas con la sociedad, con los restantes socios y con terceros.¹⁶ Incluso con la incorporación de otros tipos sociales como las señaladas sociedades anónimas abreviadas, los negocios jurídicos, que tiene por objeto analizar el presente, en el ámbito de la autonomía privada, constituyen una herramienta que permite secundar los intereses de los socios y accionistas, que luego de suscrito el “formulario”, que irá al registro, incluso adquirido en una verdadera fábrica de sociedades que constituyen ciertos estudios jurídicos, al menos en algunos países de Latinoamérica, luego podrán regular lo que les interesa.

Debe tenerse presente que en algunos países, a efectos de cumplir con la necesidad de precisar el objeto, las sociedades anónimas creadas en los estudios – despachos– jurídico-contables que operan como fábricas de sociedades, tienen el denominado objeto “ómnibus” o “de todo como en botica”, para evitar cuestionamientos sobre si tal o cual actividad estaba por fuera del objeto social, la sociedad puede desde importar alfileres hasta fabricar productos químicos y brindar servicios de hospedaje, solo luego, los accionistas podrán determinar realmente qué piensan hacer y cómo piensan ordenarse y en su caso regularlo en un pacto parasocial.

En cuanto a su funcionamiento, las sociedades de capital cerradas, en los hechos, funcionan con un componente fuertemente personal y solo se busca con la adopción de ese tipo social para desarrollar la actividad, la limitación de

¹⁶CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades*, 1ª ed., Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1997, p. 15.

responsabilidad; en algunos ordenamientos incluso se apela a esta forma y no a las sociedades de responsabilidad limitada, pues en estas últimas, los socios responden solidariamente por los rubros salariales de los empleados, lo que no ocurre en las sociedades anónimas.

Sin entrar en el debate en torno al nivel de rigidez de los tipos societarios más usados en los sistemas que referimos, o a si es pertinente establecer sistemas de limitación de responsabilidad patrimonial alternativos, que no impliquen someterse a esa estructura en procura de ese fin, cabe puntualizar que en los pactos parasociales, los socios regulan aspectos que con frecuencia no es posible incluir en los estatutos sociales o que, aun siéndolo, prefieren no exhibir en dicha sede, por guardar discreción sobre los mismos, en la comarca, en la provincia, en la región, comunidad autónoma, o incluso en el país, para Estados nacionales de las dimensiones de Uruguay. Entonces, apoyados en la autonomía de la voluntad, aquellos hacen un “traje a medida”, agregando normativa societaria, adaptándola a sus peculiares necesidades.

Los pactos parasociales son un género entonces de varios tipos contractuales con parca regulación legal, que convocan el desafío de su calificación, de la consiguiente determinación del derecho aplicable, y del abordaje cognitivo estructural (existencia, validez) y funcional (eficacia obligacional, ejecución de las prestaciones, incumplimiento, responsabilidad civil). Existe a su vez una conexión entre los pactos parasociales y el contrato de sociedad, en pureza, con el conjunto de normas jurídicas que cada uno de estos negocios posibilita ingresar al sistema. El método de abordaje a seguir es el dialéctico jurídico, alcanzando el fenómeno concreto y la teoría de forma simultánea, buscando el resultado con la confrontación de ambos.

CONVENIOS DE SOCIOS Y ACCIONISTAS

LOS PACTOS PARASOCIALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y EL
DERECHO DE DAÑOS

CAPÍTULO PRIMERO

DESCRIPCIÓN

1.1. Descripción de la figura en la dogmática

El estudio de los pactos parasociales en las sociedades comerciales se ha circunscrito fundamentalmente a las sociedades anónimas y particularmente a los convenios referidos al voto, aunque este tipo de negocios puede concretarse en todos los tipos sociales.¹⁷

La doctrina ha referido básicamente por su objeto a esta figura; recogemos algunas de las conceptualizaciones efectuadas, puntualizando que si bien dicen tener relación con los convenios celebrados entre accionistas de una sociedad anónima, resultan trasladables a los otros tipos sociales, para una aproximación al asunto.¹⁸

En España, Tomás Sapena expresaba: “el sindicato de accionistas es la unión de varios de ellos comprometiéndose a actuar su derechos de socios conforme a las directrices marcadas por la mayoría”.¹⁹

Pedrol, en tanto, indicaba: “El sindicato de voto combina el poder de voto de los accionistas sindicados. El sindicato de bloqueo se apoya sobre un convenio por el que los accionistas sindicados se comprometen a no desprenderse de sus acciones o a cederlas en todo caso a favor de los otros sindicados durante el período de vigencia del convenio [...] nacidos de un pacto parasocial, buscan influir en la vida de la sociedad”.²⁰

Garrigues-Uria señalaban: “por un lado, el sindicato combina fuera de la sociedad los derechos de voto de los accionistas sindicados para influir en la vida social de acuerdo con las directrices marcadas por el grupo sindicado, se hace preciso someter a determinadas restricciones la enajenación de las acciones pertenecientes a los accionistas sindicados, evitando así que éstos puedan desvincularse de los compromisos

¹⁷VICENT CHULIÁ, F., “Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto”, *Revista General de Derecho Español*, 1991, p. 2296. Debe tenerse presente la situación de los socios de las restantes sociedades personales y de la sociedad de responsabilidad limitada con menos de cierto número de socios, aunque teniendo presente que en estas las limitaciones a la posibilidad de enajenación de las partes sociales surgen de la propia regulación legal.

¹⁸ Cfr. HARGAIN, D., “Sindicación de socios”, *Revista de la AEU*, vol. 80, N°, p. 267. En procura de un mayor número de definiciones puede consultarse MOLINA SANDOVAL, C. A., *Sindicación de Acciones*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2003, pp. 30-38.

¹⁹SAPENA, Tomás J., “El sindicato de accionistas en nuestro derecho vigente”, *Rev. Derecho Notarial*, IV (XIII-XIV), julio-diciembre de 1956.

²⁰PEDROL RIUS, A., *La anónima actual y la sindicación de acciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1969, pp. 13-15; MADARIAGA, J. R., *La sindicación de acciones*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, pp. 2-6.

adquiridos sobre el ejercicio futuro del derecho de voto transmitiendo libremente sus acciones a personas extrañas al grupo sindicado”.²¹

Más recientemente, Martínez Rosado los define, por los componentes personales del pacto, como “aquellos acuerdos celebrados entre todos o algunos de los socios entre sí, o entre todos o algunos socios y terceros”.²²

Paz-Ares y Fernández de la Gándara, en cambio, para definirlos se centran en el objeto. El primero indica que lo normado en los convenios comporta en los vínculos entre los socios o accionistas, indicando que su finalidad es “completar, concretar o modificar en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que rigen dichas relaciones”;²³ el segundo expresa que su regulación tiende a “integrar o modificar la disciplina legal o estatutaria en que aquellos aspectos de la relación jurídico-social en que los firmantes del pacto se vean directamente afectados”.²⁴

En la doctrina italiana, Graziani afirma que se trata de un: a) contrato celebrado entre varios accionistas, que en ocasión de sucesivas deliberaciones asamblearias se obligan a votar todos en una manera dada, preestablecida, o a establecer sucesivamente con la deliberación de la mayoría; b) contrato celebrado entre varios accionistas, los cuales se obligan a otorgar mandato con representación a una determinada persona (el director del sindicato), el cual vota en la asamblea según su propia discrecional apreciación, o de conformidad con las directivas preestablecidas de la mayoría de los accionistas.

Gastone Cottino sostuvo que “en el sindicato, en su configuración típica varios accionistas se comprometen a emitir su voto en un determinado sentido o en el sentido decidido por la mayoría –o por unanimidad– de los socios sindicados; o bien confieren o prometen conferir poder, por lo general irrevocable, a otra persona –el

²¹GARRIGUES, J. y URÍA, R., *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, 3ra ed., Madrid, 1976, p. 665.

²² Esta definición, por no aludir al contenido normativo que deben tener para encartar en la categoría, implicaría que quedarían comprendidos, por ejemplo, contratos de mutuo celebrados entre los socios o entre los socios y un banco –tercero–; aunque luego el autor alude a que tengan trascendencia para la sociedad. El citado autor se refiere además a la situación de acuerdos celebrados exclusivamente entre terceros que incumbirían a la categoría, con lo que deja de ser atinente la definición que ha brindado, que considera los componentes personales, por ejemplo, refiere a acuerdos sobre cómo administrar la sociedad entre varios administradores que no son socios y un tercero, o el convenio en que intervienen titulares de obligaciones convertibles que en tanto tales no son aún accionistas, en consideración a su posible condición futura de socios. MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, Ed. Marcial Pons, 2017, p. 26.

²³PAZ-ARES, C., “El Enforcement...”, *op. cit.*

²⁴FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., voz “Pacto parasocial”, en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 4712

director del sindicato—, que votará discrecionalmente o según la voluntad de la mayoría (o la unanimidad) de los miembros del sindicato”.²⁵

Ascarelli postuló que “mediante estas convenciones que constituyen contratos plurilaterales los accionistas se obligan recíprocamente a votar en un mismo sentido, o se obligan a entregar todas las acciones propias a un gerente de confianza común, con mandato irrevocable, para que éste lleve a cabo la actuación que se acuerda por la mayoría de los accionistas sindicados”.²⁶

En la doctrina argentina en tanto, para Zaldívar “la sindicación de acciones es el resultado de un acuerdo extrasocial celebrado por los accionistas para combinar el ejercicio del voto en las asambleas, y en forma tal de influir en la vida social según las directivas dadas por el grupo sindicado”.²⁷

Halperin postuló que “son convenios que tienen por objeto vincular ocasional o duraderamente a determinados accionistas entre sí, para seguir en la sociedad una conducta determinada, más corrientemente impedir la enajenación de las acciones e imponer el voto en las asambleas en determinado sentido”.²⁸

Félix S. Fares explicitaba los aspectos a su juicio relevantes del instituto: “a) Se trata de un acuerdo, contrato, pacto o convenio colectivo, concertado por los accionistas de una sociedad anónima. b) Su fin es influir en la vida y marcha de la sociedad. c) El acuerdo podrá ser secreto o público, instrumentado o tácito, reconocido o ignorado por la sociedad. d) Sus integrantes pueden hacer valer su voluntad colectivamente o por mandatario. e) Una condición indispensable del acuerdo es el compromiso de los interesados de no desprenderse de sus acciones, salvo en las condiciones que el mismo acuerdo determine (condición típica del sindicato de bloqueo)”.²⁹

José M. Cristia lo describió así: “Se trata de un contrato plurilateral de organización o asociativo, parasocial, por el cual varios accionistas de una sociedad

²⁵COTTINO, G., *Le convenzioni di voto nelle società commerciale*, Milán, 1958, pp. 7-8; *apud* MADARIAGA, J. R., *La sindicación de acciones*, *op. cit.*

²⁶ASCARELLI, T., *Sociedades y Asociaciones Comerciales*, Buenos Aires, 1947, p. 174.

²⁷ZALDÍVAR, E., “Los sindicatos de acciones”, *La Ley*, N° 92, 1959, p. 983.

²⁸HALPERIN, I., *Manual de sociedades anónimas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 129.

²⁹FARES, F., *La sindicación de acciones*, Abeledo-Perrot, *Monografías Jurídicas*, N° 87, Buenos Aires, 1963, pp. 17-18.

combinan la manera en que ejercerán su derecho de voto para orientar e influir en un determinado sentido las decisiones sociales, y que generalmente, aunque no necesariamente está ligado a la obligación de no transferir sus acciones o en su caso cederlas a favor de los otros sindicados durante un determinado período”.³⁰

A esta definición se adhiere Madariaga, aunque puntualizando que “se trata de influir en la vida social según las directivas previamente establecidas por el grupo sindicado”.³¹

Richard, Escuti y Romero lo caracterizan como el negocio externo a la sociedad, mediante el que dos o más accionistas establecen las facultades y obligaciones respecto del ejercicio de sus derechos como tales, sea para votar conjuntamente, para no enajenar sus acciones fuera del grupo, etc., y que por tanto adquiere la forma del ejercicio de un derecho al margen de la sociedad.³²

Fernando H. Mascheroni y Roberto Muguillo llaman “sindicación de acciones” a todo convenio, pacto o contrato destinado a comprometer los derechos emergentes de la tenencia de acciones de una sociedad, en especial el derecho de voto, ya sea mediante la transmisión de acciones, mediante un mandato condicionado o incondicionado a un tercero, o por vía de la obligación del socio de ejercer el derecho involucrado en determinado sentido. Ponen el acento los mencionados autores en: a) la calidad de socios de los participantes; b) el carácter parasocial del acuerdo; c) la unicidad del instrumento utilizado para lograr determinados fines que se relacionan con la gestión social de la sociedad involucrada.³³

En Uruguay, Hargain abarcaba no solo a los convenios de sindicación de accionistas, sino que planteó que estos podían celebrarse en cualquier tipo social: “Los sindicatos de socios son convenios que vinculan a varios integrantes de una sociedad, a efectos de adoptar en el seno de la misma una conducta determinada, generalmente votar en las Asambleas en conjunto y en el mismo sentido, o limitar la enajenabilidad de sus participaciones sociales”.³⁴

³⁰CRISTIA, J. M., *Sindicación de acciones*, Universidad Nacional de Rosario, 1975, p. 16.

³¹Madariaga, J. R., *La sindicación de acciones*, op. cit., p. 6.

³²RICHARD, E. ESCUTI, I. (H) Y ROMERO, J.I., *Manual de Derecho Societario*, Ed Astrea, Bs. As. 1983, p. 281, citados por MASCHERONI, Fernando H. y MUGUILLO, R., *Régimen jurídico del socio...*, op. cit., p. 200.

³³MASCHERONI, Fernando H. – MUGUILLO, R., *Régimen jurídico del socio...*, op. cit.

³⁴HARGAIN, D., “Sindicación de socios”, op. cit., p. 266.

1.2. Tipicidad social

Ni los convenios de sindicación ni los pactos parasociales –género del que son especie– cuentan con una tipicidad de configuración, a través de una definición estipulativa, ni aun en los sistemas que los han regulado autorizando su inscripción, como el uruguayo o el brasileño. La LS uruguaya se refiere a ellos en su art. 331, indicando que serán legítimos los convenios de accionistas sobre compra y venta de sus acciones, ejercicio de los derechos de preferencia y de voto o cualquier otro objeto lícito.

La LSC española, en sentido inverso, en su art. 29 se limita a indicar que “los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad” y en el art. 530.1, para las sociedades cotizadas, alude a pactos que “incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto a las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones”. En este sentido, la ley se refiere a los dos contenidos normativos que, como veremos, son clásicos en estas figuras, los denominados convenios de voto y de bloqueo. También en este país aluden a figuras del género pactos parasociales el RD 171/2007, regulatorio de la publicidad de los protocolos familiares, que en su art. 2.1 los define así: “conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares respecto de una sociedad no cotizada en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”.

En Brasil, el art. 118 de la Ley 6404/76, en la redacción dada por Ley N° 10.303, de 2001, regula los convenios celebrados por accionistas de sociedades anónimas, y establece la obligatoriedad para la sociedad de los mismos y su oponibilidad a terceros, si se refieren a la compra o venta de acciones, preferencia para adquirirlas, ejercicio del derecho de voto, o poder de control.

La jurisprudencia brasileña, llamada a determinar si hubo apartamiento de lo establecido en ellos, no se ha ocupado de definirlos.³⁵ Tampoco lo ha hecho el TS

³⁵V. g., “Poder judiciário Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Voto N° 13.259, Apel. N°: 0009234-90.2011.8.26.0011, Comarca: São Paulo Apte.: Sônia Maria Pacheco Carminhato. Apdo. GPCP4 - Fundo de Investimento e Participações e Allis Participações S.A. Ação Ordinária - Extinção sem julgamento do mérito, nos termos do inc. VII, do art. 267 do CPC - Razoabilidade - Fundamento da ação

español, que se limitó a caracterizarlos por su objeto, en cuanto a que los socios o accionistas regulan a través de esta figura, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar “los cauces específicamente previstos en la ley y en los estatutos”. Esta afirmación no parece precisa si se considera aislada, puesto que sí están secundados por la ley estos convenios y justamente por las normas atributivas de competencia para generar derecho, es que los otorgantes crean situaciones jurídicas a través de su actuación.³⁶ La mención parecería referirse a la regulación legal para las sociedades comerciales, pero aun en este sentido, la regulación es legítima y apropiada a través de ese tipo de negocios, como veremos a lo largo de esta obra, y la mención a una especie de mecanismo para saltarse lo establecido en la ley o en el estatuto social parece una rémora de la época en que no se admitían en España estos acuerdos.

Rectamente usado, el convenio de sindicación es una herramienta que permitirá a los socios adoptar decisiones sobre la marcha de los negocios y la adecuada tutela de sus intereses.³⁷ Estas resoluciones importarán la creación de Derecho positivo.

Para los grupos mayoritarios se constituye en mecanismo tendiente a ensayar un programa de acciones coordinadas *ex ante*, respecto de las instancias sociales de toma de decisiones, en temas de trascendencia como la designación de los administradores o directores, y otras políticas a adoptarse, limitándose normalmente, además, la posibilidad jurídica de transmitir las partes sociales o acciones de los pactantes –bloqueo–, en procura de la estabilidad mentada.

todo voltado para supostas violações ao Acordo de Acionistas, por meio do qual se instituiu cláusula compromissória arbitrai - Obrigatoriedade de sua observação - Inteligência da Lei Nº 9.307/96 - Sentença mantida - Recurso improvido”. Agradezco a la abogada paulista Karine Carchedi, Maestranda em la Universidad de Marília, la jurisprudencia brasileña que me facilitó.

³⁶ Sentencias como la de 24 de septiembre de 1.987 (La Ley 9689-R/1987), 26 de febrero de 1.991 (La Ley 2376/1991), 10 de febrero de 1.992 (La Ley 2931/1992), 18 de marzo de 2.002 (La Ley 57198/2002), 19 de diciembre de 2.007 y 10 de diciembre de 2.008, y la de 6 marzo de 2009 (Ref. La Ley 6918/2009). En esta última, el TS indica: “Los pactos parasociales, mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio entre ellos, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos en la ley y los estatutos, son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad –se refieren a ellos, entre otros, los artículos 42.1.c) del Código de Comercio, 7.1 del Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, de 22 de diciembre, 11.2 de la Ley 2/1.995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, 60.1 .b) y ter, 112 y 116 de la Ley 24/1.988, de 28 de julio, del mercado de valores–. La jurisprudencia los ha tomado en consideración como negocios jurídicos válidos, entre otras, en las sentencias de 27 de septiembre de 1.961, 10 de noviembre de 1.962, 28 de septiembre de 1.965, 24 de septiembre de 1.987, 26 de febrero de 1.991, 10 de febrero de 1.992, 18 de marzo de 2.002, 19 de diciembre de 2.007 y 10 de diciembre de 2.008”. Más recientemente, sentencia del 25 de febrero de 2016 (RJ 2016/65). Agradezco al estimado Profesor Javier Camacho, quien nos facilitó la información.

³⁷ MOSSA, L., Los sindicatos de accionistas (traducción de J. Navas), *Revista de Derecho Privado*, vol. XXXII, Nº 379, p. 2, enero de 1948; Martorell, E. E., *Tratado de los Contratos de Empresa*, t. III, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 133-134.

Los motivos que generan la celebración de este tipo de negocios son variados, entre otros, asegurar una política definida de administración, superar dificultades en alcanzar la asistencia debida en las asambleas, o corregir la que se considera poco acertada gestión del órgano de administración; también en sociedades de pocos socios, prever vicisitudes vitales de los socios.

Respecto a la administración, como señalaba Pedrol en su clásica obra en la materia, cuando se trata de un convenio de sindicación para el control, este asegura una política razonable y coherente en la conducción empresarial, mediante procedimientos para la elección o remoción de los directores.³⁸

Por otra parte, como destaca Rossi en la Argentina, resulta un mecanismo más idóneo para la participación de los accionistas que conservan la titularidad del paquete accionario, que la creación de una sociedad “holding”.³⁹

Muchas veces procuran una mayoría estable que les permita la toma fluente de decisiones, también que para ciertas decisiones trascendentes, vinculadas al específico giro de los negocios que desarrollan, será necesaria la conformidad de ciertas mayorías especiales o de ciertos accionistas en particular. Llegan incluso a distribuir tareas o sectores de actividad de los cuales deberán ocuparse algunos accionistas en particular. También, regulan las formas de aumento de capital, o los consentimientos para erogaciones o financiamientos de cierta significación; buscan determinar procedimientos para obtener permisos estatales para ciertas actividades o negociar contratos con algunos privados de especial significación en el mercado; procuran establecer reglas de no competencia, sirven para regular la permanencia y el eventual egreso de algunos socios o de todos ellos; vincular el cese de una relación laboral de alguno de los accionistas con el egreso de la sociedad; configurar diversas unidades de negocios y repartir las responsabilidades respecto a la conducción, incluso separarlas de modo tal que en una única sociedad se desarrollen dos negocios que formalmente aparecerán reunidos pero económicamente separados; regular la situación de sociedades controladas; establecer procedimientos internos de manejo de poder y designaciones de ciertos cargos; establecer precios para la eventual venta de acciones y el cálculo sobre

³⁸PEDROL RIUS, A., *La anónima actual...*, op. cit., p. 7.

³⁹ROSSI, H. E., “Oponibilidad y cumplimiento de los Convenios de Sindicación de acciones”, en *Negocios parasocietarios*, director Eduardo M. Favier Dubois (h), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 42.

ciertas variables o criterios; establecer precios de comercialización o los criterios para fijarlos entre dos sociedades del mismo grupo económico; establecer la obligación de adquirir insumos a alguno de los accionistas. Igualmente, de sólo prevén mecanismos de resolución de conflictos intersubjetivos de intereses o controversias mediante mecanismos de autocomposición, y agotados los mismos, prevén mecanismos de heterocomposición mediante arbitraje, con la considerable ventaja de la discreción y evitando acudir a ventilar en los estrados las diferencias.

Este puñado de ejemplos, extraídos de nuestra actividad profesional, son algunos pocos de entre todos los contenidos posibles para este tipo de pactos.

En la misma línea, cuando para una cierta decisión se requiere la aprobación asamblearia, la existencia de un sindicato permite resolver *ex ante* la situación, si es necesario reformular lo que se iba a plantear, renegociarlo y evitar que en la asamblea se obtenga una resolución negativa, que incluso podría hacer incurrir a la sociedad en responsabilidad precontractual en algún caso. Esto implica dotar de estabilidad a la sociedad, a través del actuar de su órgano de dirección o de gobierno.

También tiende a evitar las decisiones irreflexivas que pueden ser producto de la más variada etiología, v. g., heridas narcisistas de los protagonistas. Para el caso de intentos de realización vindicativa de negocios sobre las acciones, aquí actúa el convenio de bloqueo, que evita la incerteza que genera no saber con quién se podría llegar a estar asociado, más allá que el nuevo accionista haya tenido el dinero para adquirir las acciones.

La intervención de los socios o accionistas se mejora fuera del ritualismo de la asamblea, pero a su vez si esos contactos comunicacionales, si esos vínculos se dan en un marco jurídico se obtiene un mejor resultado, pues se trasciende el ámbito de lo moral para encontrarse en situación de tener que reunirse en el sindicato y evitar el mecanismo de la ausencia como estrategia; pudiendo preverse, a su vez, mayorías más duras para temas de especial relevancia, llegando hasta la unanimidad en las sociedades cerradas, para algunas que podrían llegar a sellar la suerte de la unidad de negocios; salvándose así el debate en torno a si es admisible pactar estatutariamente la unanimidad para ciertas decisiones. Se percibe que una cultura asamblearia de debate, con incertezas y conflictos a lo interno del conjunto de personas llamadas a decidir, sin un apropiado marco donde se definan *ex ante* las posibles situaciones de conflicto, puede no condecir con lo necesario en la posmodernidad, conflictos intrasocietarios, de este aserto no escapa, a nuestro juicio, ningún tipo social, ni siquiera las sociedades cooperativas. A su

vez, el inversor podrá tener claro si se decide incorporar cuáles son las reglas del “día a día” del manejo de los negocios sociales, preordenadas según lo pautado en el convenio de sindicación.

Mediante este mecanismo se permite a los socios de una sociedad de capital, tener en consideración a las personas, evitar la fungibilidad de los accionistas, pero sin necesidad de variar el tipo social adoptado, que puede reputarse conveniente por otras razones, fiscales o de limitación de la responsabilidad por créditos laborales.

En este sentido, los pactos parasociales, entrado el siglo XXI, constituyen una herramienta fundamental en cualquier sociedad, al haber quedado muy lejos en el tiempo aquellas opiniones que, desde una perspectiva institucionalista de las sociedades mercantiles, los veían como algo sibilino y maculado, llamativas hoy día por cuanto la invocación a la democracia que efectuaban resulta paradójal. En efecto, salvo en las cooperativas de primer grado, donde a cada socio corresponde un voto, en los restantes tipos sociales, el que tiene mayor capital tiene más poder. Los aspectos discutibles hoy día se refieren a la denominada oponibilidad a la sociedad.⁴⁰ Resulta poco razonable contemporáneamente, en una sociedad anónima de mediano porte, no contar con una regulación sobre los aspectos que indicamos.

Aunque cabe advertir que en situaciones de abuso de derecho en los sindicatos de control, esta herramienta, usada con exceso, puede generar perjuicios a los accionistas minoritarios. Otro ejemplo de posible daño se refiere al causado a quienes resultan obligados a vender sus acciones por preferencias pactadas en favor de algunos accionistas, para adquirir en condiciones diversas a las del mercado las acciones de otros por un plazo excesivo. En este terreno debe tenerse en cuenta que impera la autonomía privada tal como fue concebida por los clásicos, salvo en el caso de las sociedades anónimas, donde en algunos sistemas en que se han regulado estos convenios se han establecido límites máximos de duración. Igualmente, como en toda situación de abuso o exceso, la ponderación estará condicionada por las concretas vicisitudes del caso. En algunos tipos sociales, como las sociedades civiles de profesionales, la duración puede ser deseable, pues están llamadas a regularse a través

⁴⁰ZAMEFELD, V., *Oponibilidad y contrato de sindicación de acciones*, homenaje al profesor Efraín Hugo Richard, disponible en <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/sindicac.pdf>, consultado el 10/4/2020.

de estos convenios, situaciones que incumben casi toda la vida activa de los socios, como el divorcio, la incapacidad total o parcial o la muerte en actividad, o sin transitar esas aciagas instancias, simplemente su retiro en razón de senectud.

Se aprecia entonces que aun en el caso de sistemas donde el pacto parasocial no es oponible a la sociedad, su influencia es palmaria, en particular en los convenios de sindicación que tienen como efecto el control social. Si bien sobre esta influencia se ha dicho es indirecta o consecuencia de la conexión entre el pacto y la estructura normativa de la sociedad que las normas generadas por el pacto no integran, la influencia ha sido particularmente destacada, pero cuando comienza a operar a nivel de consecuencias, una cierta opacidad ha imperado, en particular en sede de ejecución forzada específica de las obligaciones emergentes o de la remoción de lo hecho contra lo dispuesto. Y esto tiene incidencia en conceptos básicos que se trasvasan desde el negocio accesorio pacto parasocial a esa estructura normativa principal, la sociedad, la organización y el funcionamiento de los órganos sociales.

Aquella asamblea –junta general–, órgano de gobierno que tenía además en las sociedades personales sobre sí la función de órgano de fiscalización, solo parece mantenerse enhiesta tal como fuera concebida por los clásicos en las cooperativas, mientras que en las sociedades puede resultar un “mero trámite”.

Esta realidad desde la que deben verse los fenómenos de control asambleario está alejada de una visión superada –que en la Argentina ya calificaba Matta y Trejo de decimonónica y romántica– pensando en una asamblea democrática, a la que valora de utopía, que debe abandonar totalmente el derecho societario.⁴¹

A través de estos pactos parasociales, alguien que cuente con un mayor porcentaje de capital en el sindicato creado, si este último en su totalidad tiene mayor porcentaje accionario en la sociedad, tendrá más poder que otro socio o accionista que tenga mayor porción de capital.

Esto se profundiza en las sociedades que cotizan en bolsa de los países centrales, donde existe una preeminencia del órgano de administración, por la dispersión de los titulares de acciones, incluso en varios países; aspecto ya relevado por Matta y Trejo y acrecentado una vez entrado el siglo XXI. En tanto, otros se ocupan de forma más intensa en el quehacer de la sociedad, aunque tengan una porción minoritaria del capital y así pueden conformar grupos de control. Esta situación, como

⁴¹MATTA Y TREJO, G., “Un fallo trascendente sobre la validez de los sindicatos de accionistas de sociedades anónimas”, *La Ley Online Argentina*: AR/DOC/19082/2001, pp. 7-8.

señaláramos en otra oportunidad, es parangonable a la de las grandes cooperativas de consumidores, donde lo que interesa a estos es el servicio que brinda la entidad y respecto al gobierno asumen, en general, una actitud de desinterés, salvo en situaciones críticas, mientras la entidad es conducida por los socios más “activos”, que conforman no grupos de control, sino agrupaciones de socios que presentan listas en las respectivas elecciones o asambleas donde la participación electoral es escasa.⁴²

Los pactos parasociales son entonces una herramienta para la estructuración de las relaciones entre los socios o accionistas, un contrato del derecho civil que trasciende el formato preimpuesto para las sociedades mercantiles, asumiendo un rol decisivo para la concreción de lo que se pretende abordar por los protagonistas.

Protagonistas que también pueden quedar excluidos del acuerdo, no ser participados y transformarse en meros espectadores de la monolítica y silenciosa votación de asuntos complejos o la presentación de mociones ya redactadas, ponderadas y ajustadas en la interna de un grupo de personas que no integra, que tal vez creía dispersas, pero que han preordenado su comportamiento.

En la actualidad debe examinarse caso a caso la validez de cada estipulación y señalar concretamente para sostener la nulidad, cuál es la norma jurídica que se vulnera. En particular, puede apreciarse en cierta doctrina una contradicción entre el discurso proclive a que rige el paradigma de la autonomía privada, pero que luego se morigera con argumentos de conveniencia u oportunidad o incluso *ad misericordiam*, realizando invocaciones a la equidad, o a la frustración de los que han quedado en minoría. En un terreno donde no se logra encontrar, a mi juicio, al débil jurídico, al vulnerable, estos aspectos deben dilucidarse con vistas al contenido concreto del pacto, conforme las normas en materia de eficacia contractual, estudiando los presupuestos del contrato, y los elementos, consentimiento, objeto y causa, conforme con el sistema de los contratos y obligaciones previsto en los augustos códigos civiles de los respectivos Estados involucrados, y considerando las regulaciones positivas, que muchas veces difieren; tomando en cuenta, en sede de objeto del negocio en el sentido de norma jurídica individuada, los límites que surgen de las normas de orden público

⁴²AMORÍN, M., *Convenios de Sindicación en las Sociedades Comerciales – Análisis desde la Teoría General del Contrato*, Ed. FCU, Montevideo, 2009, p. 12, n. 6.

involucradas, en un negocio que, como señalara Fernández de la Gándara, ha devenido pieza básica del buen funcionamiento de las sociedades mercantiles.⁴³

Otro aspecto tipificante de la figura es que permite brindar información a quienes piensan integrarse a la sociedad, estos, podrán conocer el funcionamiento del poder y de la toma de decisiones, de modo certero y plasmado en el convenio de sindicación, dependiendo, claro está, del nivel de detalle de la regulación contenida en el mismo; incluso, esto puede considerarse relevante para los accionistas que solo piensan invertir, que podrían ser indoctrinados en esos temas y se encuentran interesados en que ciertos accionistas sean los que tengan el control societario.

Este tipo de convenios facilita el análisis de los asuntos y el funcionamiento de las asambleas sociales, y brinda una mayor certeza sobre las conductas que los socios o accionistas asumirán en las relaciones societarias en general y esto se concreta especialmente en las asambleas –juntas-, sea que el socio accionista asista a la instancia personalmente o por apoderado. Existen para las sociedades, requisitos legales o estatutarios de quórum, la falta de interés de los socios minoritarios puede causar demoras e inconvenientes, que se impiden con la apropiada previsión en un convenio de sindicación.⁴⁴

En lo vinculado a las minorías, agrupándose a través de estos mecanismos pueden evitar la negociación uno a uno con el grupo de control y los acuerdos puntuales que el grupo mayoritario pueda realizar con cada accionista minoritario, a fin de que lo secunde en lo que pretende, adquiriendo, mediante esta estructura asociativa no societaria que constituye el convenio de sindicación, otro protagonismo en las decisiones sociales o alcanzando un porcentaje que permita, por ejemplo, solicitar la exhibición total de libros o acceder a la información, o incluso incidir en el órgano de administración.

Es aún poco extendido el reconocimiento por ley de este tipo contractual en los sistemas del derecho continental, hay un algo que siempre arroja un manto de sombras sobre estos convenios.⁴⁵ En el origen de estos sucesos se encuentra la posición que, en países donde se guardó silencio legislativo al respecto, doctrinarios de fuste asumieron antaño, postulando la inadmisibilidad de este tipo de acuerdos y las agrupaciones de personas que en alguna de sus variantes generan.

⁴³Fernández de la Gándara, L., voz “Pacto parasocial”, *op. cit.*, p. 4712.

⁴⁴CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios...*, *op. cit.*, p. 442.

⁴⁵MARTORELL, E. E., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 134.

Cuando estos pactos, que por lo común se mantenían ocultos, comenzaron a concretarse, la dogmática de los países del derecho continental ingresó al análisis de su admisibilidad en el ámbito de las sociedades anónimas, siendo escasas las referencias para los restantes tipos societarios, donde no han tenido similar difusión.

Para las sociedades anónimas se pasó de una primera etapa, en que casi la totalidad de los autores sufragaban por la ilicitud de estos pactos, a la admisión prácticamente unánime de su validez, salvo en el ámbito de las cooperativas, donde el panorama, parece el inverso,

Desde las posiciones que pueden calificarse hoy día de superadas, se les ha considerado negativos, en tanto se endilga al instrumento afectar el “derecho de voto” en la libertad de su ejercicio, constituyéndose en una vía para vulnerar el interés social, mediante abusos de mayorías y minorías. La asamblea –se señala– se transforma en un trámite, eludiéndose la discusión que puede mantener cautivos a los accionistas y finalmente puede transformarse en un mecanismo opresor de las minorías.

Quienes valoran positivamente este tipo de acuerdos indican por el contrario, que disminuyen el ausentismo –en términos de capital representado al menos– en las deliberaciones de las asambleas, mantienen la participación en el gobierno de la sociedad y se proyectan sobre el interés en la empresa, en tanto el principio mayoritario debe juzgarse como un instrumento para la realización de aquel, se señala que constituyen un adecuado instrumento para el desarrollo empresario, apuntando a la competitividad en cuanto se otorga estabilidad a la gestión y se excluyen posibles conflictos entre los socios.⁴⁶

En la actualidad ha quedado obsoleto el debate en torno a la admisibilidad con carácter general de estos convenios –en el derecho brasileño, colombiano y uruguayo su regulación la hace incuestionable para las sociedades anónimas–. El análisis se sitúa en torno a los límites de la autonomía privada con el orden público societario. Lo trascendente entonces es cuáles son los aspectos posibles de regular y con qué alcances.

Avanzado el siglo XXI, cada vez más se fue dejando de utilizar el significativo “sindicación de acciones” –que como se verá es impropio- que refiere a un

⁴⁶ROSSI, H. E., “Oponibilidad y cumplimiento...”, *op. cit.*, pp. 41-42.

tipo que implica una vocación de permanencia, un fenómeno asociativo, no societario. Se comenzó a utilizar “negocios parasocietarios”, que ya utilizaba Rossi en la Argentina en 1994, o “pactos parasociales”, denominación aún más antigua, con la que se alude al género.

Los operadores del derecho societario están familiarizados con esta denominación, pero solo un reducido sector, muchas veces vinculado a estudios corporativos, cuenta con información respecto de lo que debe normarse. Esta figura es relevante herramienta para la regulación de aspectos de la “vida en sociedad” que trascienden lo vinculado al funcionamiento de los órganos sociales.

En sociedades personales, civiles o comerciales, las propias vicisitudes vitales de los integrantes de la sociedad y la forma en que deberá resolverse su impacto en el funcionamiento de aquella serán pasibles de ser regulados. Interesa a los socios muy especialmente, que se encuentren los mecanismos apropiados para que esa situación prevista como supuesto de hecho a considerar, encuentre solución, de forma reservada, discreta y efectiva, incluso aspectos *post mortem* de algunos de los otorgantes.

En países como Brasil o Uruguay, donde hay mecanismos de “oponibilidad” previstos en la ley para requerir la ejecución forzada específica de las obligaciones emergentes de algunos de los contratos parasociales en las sociedades anónimas, los protagonistas, sin embargo, pretenden que no sean ventiladas en los estrados estas diferencias, en mérito al consiguiente perjuicio reputacional para sí y para la sociedad.

Lo que caracteriza a estos negocios, es la pretensión de precisar la forma de interactuar para quienes ya se encuentran inmersos en una serie de situaciones jurídicas que tienen relación con un determinado estado, el “estado de socio” o accionista de una sociedad, comodidad del lenguaje esta última para aludir a un conjunto abundante y complejo de situaciones jurídicas en que se encuentra un sujeto.

Los pactos parasociales han adquirido una enorme importancia contemporáneamente, como destacara Fernández de la Gándara se han constituido en una pieza básica del buen funcionamiento de las sociedades mercantiles.⁴⁷

En la etiología de esta expansión se encuentra la facilidad para comenzar a familiarizarse los operadores del derecho con ellos, favorecidas por la hipercomunicación de la posmodernidad, las figuras que antes solo estaban reservadas

⁴⁷FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, *op. cit.*, p. 4712.

para grandes compañías, o para la interacción en el marco del capitalismo a nivel internacional, se han extendido a cualquier sociedad de mediano o aun pequeño porte; también los socios y accionistas se han familiarizado con la herramienta.

El negocio trascendió así la barrera de las grandes operaciones y de la utilización de figuras del derecho anglosajón, con cuya llegada no debe relacionarse. Los pactos parasociales ya cuentan con sobrada tradición en el *civil law*, en particular, los sindicatos de accionistas tienen largo estudio en el sistema continental.

En ambiente de imperatividad y sin interés por parte de los otorgantes de que cualquier sujeto conozca sus grandezas y sus miserias en el desenvolvimiento societario y cómo piensan resolverlas, se han desarrollado estos negocios en las sociedades no cotizadas. Considerando que la autonomía privada, en el contrato social, en el estatuto, o en los actos colectivos que modifican a estos últimos, encuentra un ámbito significativamente acotado; los pactos parasociales se han vuelto apropiados para ajustar la realidad normativa a las necesidades de los protagonistas.⁴⁸

Como explica Alfaro Aguila-Real en España, en las sociedades cerradas opera normalmente el control recíproco entre los socios, los socios están relacionados porque son amigos o familiares y disponen de muchas posibilidades y oportunidades para vigilar lo que hacen sus consocios. Cuando los socios no revisten esas cualidades, desempeñan un papel importante los pactos específicos entre las partes, dirigidos a la regulación de sus relaciones durante la vida de la sociedad. La existencia de estos pactos será más probable si el no vinculado por lazos de amistad o familia, es un inversor, a quien los demás brindarán incentivos para ofrecerle garantías contractuales, v. g., cláusulas penales; exigencia de quórum reforzado para la adopción de medidas como fusión, aumento de capital o cualquier otra modificación estructural de la sociedad; restricciones severas a la libre transmisibilidad de las partes sociales. Estas previsiones pueden no darse, aunque son aconsejables hasta por la repercusión emocional de las divergencias, en las sociedades integradas por familiares, e imprescindibles en aquellas en las que hay socios inversores. Los pactos parasociales sustituyen a la variedad de contenidos en los estatutos sociales. La preferencia por los pactos parasociales en estos

⁴⁸ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, en *InDret*, 4/2005, disponible en www.indret.com

casos se justifica, por un lado, en las especiales características de los estatutos por su publicidad y por el control del contenido atribuido a los registros públicos. Lo característico de estos pactos es que, en principio, no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica, sino que continúan la regulación de las relaciones societarias a través del derecho de obligaciones. Los estatutos entonces son de formulario y los pactos parasociales son otorgados a efectos de la apropiada regulación de los vínculos.⁴⁹

La fenomenología de los pactos parasociales es muy variada. Pueden celebrarse entre todos los socios o con un grupo de ellos. Los primeros son frecuentes en el entorno de las sociedades cerradas, o de pocos socios, independientemente del tipo social. Los segundos se dan en sociedades de pocos socios, pero con diversos centros de poder y de interés, que conciertan mantener el control de la sociedad o defenderse en conjunto del grupo de control. Mirando su función económica, presentan importantes diferencias. Así los pactos paradigmáticos de sindicato de voto o de control de grandes sociedades bursátiles, jurídicamente, se trata de agrupaciones internas entre los firmantes para concertar y ordenar el control –material, sustantivo o económico– de la sociedad; son otorgados por socios con cierta enjundia accionaria que apuntan al control, no por todos los socios. También en casos de sociedades integradas por muchas sociedades con una actividad económica en común, algunas de ellas se reúnen para tomar el control de la sociedad que integran. Los pactos parasociales de todos los socios o accionistas son, en sustancia, una forma de reglamentar el contrato social, de modo que el conjunto de normas aplicables resulta de la suma de lo que surge de los estatutos más lo que emerge del pacto. Ambos negocios, en perspectiva económica, no jurídica, conforman un contrato más completo y detallado de sociedad. A estos pactos de todos los socios se los denomina, pactos parasociales omnilaterales; reglamentan actuaciones y prescriben comportamientos, en particular en situaciones de conflicto de interés. Se erigen en la herramienta apropiada para socios decididos a controlar su inversión y la marcha de los negocios de forma cotidiana desde dentro de la sociedad. En los pactos entre todos los socios, muchas veces son socios los administradores, que tratan de articular las fórmulas más productivas para ejercitar el control de forma conjunta y superar las situaciones de bloqueo.⁵⁰

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ SÁEZ LACAVE, Ma. I., “Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces”, *InDret*, 3/2009, disponible en www.indret.com

La imperatividad ha sido incentivada por la dogmática en el derecho de sociedades, la imposibilidad de pactar en sentido diverso a lo enunciado en la ley viene muchas veces deducida por vía interpretativa, atendiendo los intereses que se reputan dignos de protección.

Desde hace años, la cuestión en debate es el grado de imperatividad apropiado en la legislación, o qué espacio se reserva a la autorregulación. A su vez, los tipos societarios, tal como se han ido diseñando y se mantienen en los derechos occidentales, al menos y en particular en los del sistema continental, parecen no satisfacer del todo en la modernidad tardía y como consecuencia de ello, los sujetos han ingeniado nuevos instrumentos que procuran superar la escisión entre norma y realidad.

A mediados del siglo XX, mientras en el derecho continental se endurecía el marco normativo, especialmente para el tipo sociedad anónima, y se lo cargaba de procedimientos en garantía de los accionistas minoritarios y de los acreedores sociales, en el sistema angloamericano, en particular en Estados Unidos de Norteamérica, se confería amplísima libertad a los otorgantes para la elección de la legislación aplicable, generándose en los propios Estados de la unión, variantes en cuanto a cuál era el que más libertades otorgaba. Esas ideas llegaron a Europa en las últimas décadas del siglo pasado.⁵¹

La configuración contractual de las relaciones societarias internas y la aplicación de modelos legales societarios afines diversos para lo que fueron creados, han erosionado la identidad de las sociedades tradicionales, ocasionando una crisis de actitud funcional de esta parcela del ordenamiento societario.⁵²

La doctrina ha advertido la separación entre la forma y la realidad económica, incluso interpelando al legislador sobre la necesidad de flexibilizar o desregular, a fin de variar la estructura de tipos para adecuarlos a la realidad del tráfico. Así, Pérez Ramos ha abogado por retirar el rol protagónico al Registro Mercantil

⁵¹BADO CARDOZO, V., “La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del análisis económico del derecho”, *Revista de Derecho Comercial*, Quinta Época, año III, N°10, abril-junio de 2018, Ed. La Ley Uruguay, pp. 49-50.

⁵²FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de Sociedades*, vol. I, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 167.

español, expresando que limita la autonomía privada y fomentando la que califica de huida del derecho comercial, en beneficio de los pactos parasociales.⁵³

Indica Paz-Ares que desde el institucionalismo se percibe a la modelización de los tipos de sociedad como una máquina. Y en ese contexto institucionalista, la autonomía privada es la arena que arruina los engranajes de la máquina, los protagonistas deben conformarse con determinar el capital y establecer la organización social según el contrato cuasi predispuesto que se ciñe al modelo legal.⁵⁴

Este autor, en su crítica al modelo tradicional de conformación legislativa del derecho de las sociedades de capital, en su opúsculo *¿Cómo entendemos y como hacemos el Derecho de Sociedades?* planteó que el derecho societario en España se estructuró sobre el paradigma institucional y no sobre el contractual, entendido como un sistema de presunciones que coordina y dirige la actividad de la doctrina. Este autor indica que las razones del modelo imperativo son, a su juicio, tres: el perjuicio tecnocrático, el paternalista y el político.⁵⁵

En el mismo sentido apunta Alfaro al señalar que esa preconcepción extendida en la doctrina lleva a muchos autores a señalar la existencia de normas imperativas que no surgen de enunciados explícitos.⁵⁶

Feliu Rey, al influjo de estos conceptos, califica de “estremecedor el daño que puede provocar la estandarización en el Derecho de sociedades y la falta de conocimiento de la materia” y ejemplifica con el caso de los indoctos en derecho privado societario, que se limitan a llenar los blancos al formulario, y señala que en España cuando se plantea por el cliente la redacción de alternativas al formulario, “la primera reacción del abogado es que aquella está prohibida, e implicará la calificación negativa del registrador y, por tanto, la no inscripción”. Una atmósfera que el autor describe como “asfixiante” y cuya etiología encuentra en la propia Ley, y en la opinión doctrinal, que extiende esta imperatividad por su “modo tradicional de entender y de hacer el Derecho de sociedades”.⁵⁷

⁵³ PÉREZ RAMOS, A., “La autonomía de la voluntad en las sociedades de capital”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Nº Extra 1, 1, 2015(ejemplar dedicado a Las sociedades de capital: cuestiones teóricas y prácticas), t. I, p. 317.

⁵⁴ PAZ-ARES, C., “¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades?”, en Paz-Ares, C. (coord.), *Tratado de la Sociedad Limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, pp. 165-167.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 173.

⁵⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas contractuales...”, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁷ Aunque señala que en algunos casos se puede apreciar cierta apertura del registro a cláusulas que hasta la fecha estaban vetados sus accesos, por ejemplo, respecto a la inclusión en los estatutos de supuestos de separación *ad nutum*, según RDGRN de 2/11/2010 [RJ 2011/415]. FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 44.

En España, el art. 15 de la Ley 14/2013, y el RD 421/2015 se ocupan de regular las proformas del contenido del estatuto tipo; lo mismo ocurre en Uruguay con las cooperativas, cuyo formulario es aportado por el Registro. En lo vinculado a las sociedades anónimas caben las mismas consideraciones sobre la inconveniencia de dictar un estatuto con un nivel de detalle tal en la regulación, además de los límites que el orden público coloca a este tipo social en los sistemas del *civil law*.⁵⁸

Lo planteado sobre la base del análisis económico del derecho por Paz-Ares, menos normas imperativas, más autonomía de la voluntad, o en otros términos, “más mercado”, mereció la opinión contraria del exprofesor José Ma. Gondra Romero.⁵⁹

Este último distancia los fenómenos asociativos societarios de los de cambio, para alejar de los primeros el paradigma de la autonomía privada. Este autor parte de que los individuos convienen en renunciar a la satisfacción directa de sus necesidades individuales y acuden a una organización que asegure su coordinación, aceptan un poder coactivo de dirección de antemano, o confieren a un grupo reducido la representación del grupo; de allí infiere que la negociación de un contrato social no responde al modelo de negociación contractual de un contrato sinalagmático, menos aún se ciñen a este modelo las modificaciones posteriores. Y en otro orden, desde esta corriente se señala que el legislador y la doctrina están en mejores condiciones que los otorgantes para conformar ese fenómeno asociativo en cuanto al contenido normativo; lo que Paz-Ares ha sindicado de prejuicio elitista. En otro orden, con la norma imperativa se procuraría la protección de la vulnerabilidad, en terrenos donde –señala Gondra Romero– las asimetrías no pueden dejar de apreciarse. Esto es lo que Paz-Ares ha calificado de prejuicio paternalista, que según el autor encuentra su pobre fundamento en la defensa de las minorías accionarias, la que además no reputa necesaria, pues estos no aventuran su patrimonio, y esto ya se ve morigerado por la intervención notarial necesaria en las sociedades de responsabilidad limitada y en las anónimas. Respecto a que se evitan litigios con la norma imperativa, creada por doctrinados para profanos, que ya contiene las soluciones a problemas que como

⁵⁸FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., pp. 45-46.

⁵⁹GONDRA ROMERO, J. M., “La Teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teórico económicos”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Ed. Civitas, Cizur Menor-Navarra, 2010, pp. 192-209.

conocidos y planteables se tratan de evitar, Paz-Ares ha refutado que, por el contrario, en la realidad, esto no se compadece con el modelo, en su lugar deben crearse normas individuadas, que contemplen las situaciones planteadas fundamentalmente con códigos de buen gobierno corporativo.⁶⁰

Entre los uruguayos, Bado, tomando el marco teórico del análisis económico del derecho, ha asestado algunas críticas a lo planteado por Paz-Ares. Sostiene la autora compatriota que la eficiencia se supone en condiciones de simetría, en un ambiente ideal, pero las asimetrías son innegables, y los precios y la información pueden ser manipulados. Agrega que la suposición de que los individuos deberían ser capaces de discernir cabalmente y tomar decisiones racionales es muy discutible, más aún cuando no existe paridad negocial; y finalmente indica que la predilección por la norma dispositiva se sustenta en premisas que califica de arriesgadas: la primera, suponer que las normas legales se obedecen a pesar de la ausencia de sanciones; la segunda, suponer que las reglas elaboradas por los jueces tienden a promover la eficiencia, debido a que en sus consideraciones no tienen en cuenta las particularidades de las partes y finalmente que presumen que el resultado se aproxima a lo pactado en la transacción, término que se supone es de máximo provecho. Remata expresando que si bien excede los límites de su investigación determinar por qué se cumplen las normas y si no hubiera sanción si se cumplirían, le parece una generalización que no puede sostenerse en cualquier sociedad. Tampoco parece de recibo que el juez al aplicar el derecho no desprecie la consideración de las partes, finaliza sufragando porque en el derecho uruguayo también el sistema societario se ha construido en perspectiva institucional, rechazando la función subsidiaria de la legislación societaria.⁶¹

El análisis del asunto incumbe a los efectos del presente en cuanto este orden público expansivo, construido incluso desde la dogmática, ha sido causa eficiente para la celebración de muchos acuerdos parasociales. Pero advertidos de que una flexibilización no necesariamente comporta que lo que se regula mediante estos negocios vaya a pasar a normarse desde contrato social, teniendo en cuenta que la experiencia indica en los países donde es posible inscribirlos que los particulares optan por mantenerlos en reserva, buscando alternativas para asegurar el cumplimiento.⁶²

⁶⁰PAZ-ARES, C., “¿Cómo entendemos y cómo hacemos...?”, *op. cit.*, pp. 178-187.

⁶¹BADO CARDOZO, V., “La autonomía de la voluntad...”, *op. cit.*, pp. 77-78.

⁶² Este debate respecto a cuánto el contrato cumple una finalidad social y cuánto satisface intereses individuales, dice relación con el propio concepto de autonomía privada y sus alcances; es por ello “Flor Nueva de Romances Viejos”. Así, por ejemplo, el anticausalismo en Italia hacía alusión, sin ambages, al

LOS PACTOS PARASOCIALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y EL DERECHO DE DAÑOS

régimen imperante en la República Italiana cuando se edicta el código, aludiendo a la: “*Relazione del Ministro Guardasigilli al codice del 1942*”, en cuyo párrafo 613 se indica: “... *un codice fascista, ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorare la nozione di causa senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto. [...] la causa è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione pertanto che deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dall'art 1322, secondo comma, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica*”. También señalaba que la causa como función económico-social, tal como fue descrita en la presentación del Código italiano, encuentra explícito reconocimiento en la explicación del jurista Emilio Betti, cuya elaboración había servido de inspiración al legislador de 1942. Según Betti, la autonomía privada interesa como el poder de regular sus propios intereses, es reconocida en cuanto incumbe a una “*funzione economica e sociale, e non un interesse particolare dell'individuo*”. “... *la sua virtuale proiezione a soddisfare un interesse oggettivo, sociale e tipico, e, più esattamente, si identifica nella alla conformità dell'atto di autonomia privata ad un modello di relazioni già definito e apprezzato dalla prassissociale*”. TRINGALI, F., “La Causa del Contratto nel Codice Civile: Colonna Portante o Fragile Muro D'Appoggio? (redattore Angela Cuofano), *Civile – Contratti*, extracto del n. 10/2018 - ISSN 2532-9871, Direttore responsabile Raffaele Giaquinto, p. 4. Luigi FERRI era absolutamente refractario a esta opinión, y reaccionaba en 1959, con la aparición de su obra *L'Autonomia Privata*, respecto a cualquier intento de escudriñar motivos o de analizar la función social del contrato. Sobre los motivos refutando el que denominaba “*entusiasmo de Ripert al ver a los jueces atentos a descubrir los secretos impulsos de los contratantes y prontos a negar reconocimiento al contrato por la sola presencia de un motivo culpable, es decir de una intención no buena*”, expresaba Ferri: “*La realidad es, a mi parecer muy distinta, y no porque los jueces descuiden su deber, sino porque la ley les faculta para realizar tales sondeos psicológicos solamente en hipótesis bien determinadas y circunscritas y con finalidades igualmente limitadas que en cualquier caso no atañen a la valoración moral de los motivos*”. Destacaba la diversa función de la autonomía privada, su independencia del interés público, su diversidad respecto al control que puede ameritar si se lo compara con el de mérito a los actos administrativos, y la mínima intervención que debe surgir exclusivamente de las normas legales, incluso cuando se alude a las buenas costumbres, debe ser objetiva la ponderación. “*El particular es libre de hacer o no hacer el negocio, es libre de hacerlo para un fin o para otro. El mismo se propone en cada ocasión fines que pueden ser nobles o abyectos, altruistas o egoistas, pero en todo caso, son elegibles libremente. La moral, si es obedecida, lo es solo en cuanto tal y no porque se convierta en el campo privado en regla jurídica, como sucede en el derecho público. De esto se deriva que el negocio jurídico no se convierte en ilícito ni pierde su validez cuando es resultado es una voluntad subjetiva no buena, no justa*”. Respecto a la función social del contrato, enseñaba el profesor de Ferrara en cita que la autonomía privada considerada como conjunto de normas legales tiene su finalidad en una razón de interés general, esta consiste en atribuirles a los particulares una competencia normativa; pero una vez conferido por razones de interés general, cuando este se manifiesta, cuando los particulares autorregulan sus intereses, en los negocios jurídicos en concreto, el interés general es dejar que los particulares hagan los que entiendan más adecuados para sí, les deja una esfera dentro de la cual pueden perseguir sus intereses privados. Los límites a la actividad negocial, a diferencia de lo que incumbe a los organismos públicos, tiene carácter negativo, delimitador, los pactantes no están cumpliendo ninguna finalidad social más que regular sus propios intereses, aprovechando la posibilidad que se les brinda por razones de interés general, porque al individuo no se le proponen finalidades por las que esté llamado a actuar en este ámbito, por el contrario, se le reserva un ámbito donde crear por sí Derecho positivo. El límite a la autonomía privada... del negocio no implica que el negocio deba coincidir con un determinado esquema, el fin perseguido por los particulares no debe corresponder a los fines de utilidad pública, por el contrario, el límite es negativo, solo no deben vulnerar el orden público o las buenas costumbres; límite que surge del art. 1343 del *Codice*. A mi juicio, desde las tiendas institucionalistas se busca intervenir apuntando a la “función social” de una sociedad, con el orden publicismo implícito, que no puede prohijarse, parece responder a la impronta de derecho público, sin percibirse cuáles son los débiles, los vulnerables jurídicos merecedores de tutela que merezca limitar por norma expresa la autonomía privada. Vid. FERRI, L., *La autonomía privada*, op. cit., pp. 395-396 y 422-423. En el Derecho positivo, en Brasil, ese intervencionismo está previsto a texto expreso en todo

Al haber quedado superado el debate respecto a la inadmisibilidad genérica de los pactos parasociales y con la reticencia a ventilar la regulación en detalle de todos los aspectos que involucra el fenómeno asociativo en el contrato o estatuto social, sea por el temor a trasvasar los expandidos límites del institucionalismo “orden publicista” o no pasar el “Rubicón” del registro; sea por la intención de no propagar “urbi” todos los aspectos de la regulación que las partes en ejercicio de la autonomía privada pretenden dar a la forma como distribuyen el poder y el dinero dentro de la sociedad y a través de qué mecanismos lo aseguran, los pactos parasociales se han transformado en un negocio con tipicidad social y vocación expansiva de las materias a ser reguladas por sus enunciados, que incluyen casi todo, menos algunas pocas cosas en muchos casos, en tanto el de contrato social se limita a repetir el formulario.

El término contrato parasocial fue acuñado por Giorgio Oppo, uno de los autores de la brillante generación de juristas italianos de la época del Código Civil de 1942, quien precisamente en ese año publica la obra que lleva por nombre *Contratti Parasociali*.⁶³ Analiza por primera vez este autor, a nivel monográfico, la existencia de estos negocios que precisaban la regulación del contrato principal, el contrato social, previendo con un nivel de detalle las relaciones entre los socios, y los califica en función de su autonomía estructural y conexidad con el contrato social. Esta conexidad funcional presupone la existencia de negocios separados. Subsume el autor en cita este nuevo fenómeno socialmente típico, que comportaba la dependencia del contrato social, de allí cómo lo nomina. Autonomía estructural entonces, como los negocios de garantía y conexión funcional y unívoca, que coloca a los contratos de este tipo en la categoría contrato accesorio, con todo lo que ellos comportan a nivel de existencia, validez y eficacia, sin que esto implique incidencia en lo normado por el contrato o el estatuto social.

Mas allá de esta precisión conceptual, propia de los juristas de esa generación, aún hoy –en América Latina al menos– se sigue denominando de forma inapropiada como “convenios estatutarios”, a los contratos parasociales oponibles a la sociedad –en los casos en que se admite su inscripción–, o aun para aquellos que

contrato, a tenor de lo dispuesto en el artículo que dispone: “La libertad de contratar será ejercida *en razón* y dentro de los límites de la *función social* del contrato” (destacado y traducción nuestras). Al respecto puede consultarse, AMORÍN, M.; RIBEIRO SANTIAGO, M., “Estado actual de la cuestión de la Causa en el Derecho Privado europeo, brasileño, argentino y uruguayo”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 16, Año 2019, Montevideo, La Ley Uruguay, pp. 107-164.

⁶³OPPO, G., *Contratti Parasociali*, Ed. F. Vallardi, Milán, 1942.

tuvieron como parte a todos los socios o accionistas, o incluso por la propia sociedad, lo que también ocurre en la práctica. Esto resulta impropio técnicamente y refleja una denominación que lleva a una confusión largamente superada hace ya ochenta años, justamente con el trabajo del jurista en cita. El autor toma la referencia del concepto de conexidad del alemán *Nebenverträge* y alude a un fenómeno que se verificaba ya entonces en la práctica societaria, con referencia a negocios que celebraban dos o más socios, o socios e integrantes de los órganos sociales, fueran socios o no, o en algún caso socios y terceros, para introducir un régimen que integrara o excediera la regulación legal o estatutaria.

El codificador italiano de 1942 decide no reglamentar la materia, por lo heterogéneo del contenido de los pactos, de allí que se mantuvo que la admisibilidad debía ser analizada por el juez caso a caso.⁶⁴

En Italia, en ausencia de una normativa específica, la doctrina mayoritaria se pronunciaba por la admisibilidad de estos negocios, ubicándose en dirección contraria a las esporádicas intervenciones judiciales que marcaban su invalidez de regla, básicamente vinculando la situación con el orden jurídico societario. El debate se centraba en los sindicatos de accionistas, en particular en los que pretendían regular el voto en la asamblea. Se hablaba entonces de ilicitud porque se partía de la base de que eran violaciones al principio mayoritario y de formación de la voluntad social a través del mecanismo asambleario; desde la década del noventa del siglo pasado se ha asumido la licitud de regla de estos negocios en ese país.

Los pactos parasociales son una figura socialmente típica, de entre ellos en particular, una variante: el convenio de sindicación, contrato plurilateral de organización. Son el resultado de la regulación y reordenación por tipos que lleva a cabo la autonomía privada, lo que supone reiteración, constancia y conciencia, de que los tipos así creados, en definitiva, llegan a tener una consistencia social.

La tipificación es el resultado de una selección y de una concentración de elementos, estructuras y modalidades que son propias de diferentes actividades, resultando el tipo un paradigma, un modelo de actividad negocial, y la trascendencia del resultado a que se arribe residirá en el régimen jurídico aplicable, en particular, ante la

⁶⁴Relazione ministeriale del Codice Civile N° 927, de 1942.

ausencia de previsión por las partes, el encuadrar un contrato dentro de un cierto tipo reviste relevancia.⁶⁵

El género parasocial puede adoptar, en cuanto al objeto, en el sentido de normas jurídicas que crean los pactantes a través de su actuación, de programa de conducta prescripto, variados contenidos, según la plataforma fáctica que incumbe al caso concreto. En el presente se estudia la especie convenio de sindicación, el cual tiene mayor tipicidad social y ha sido mencionado en diversos ordenamientos del *civil law*, y en algunos someramente regulado; desde allí podrán extraerse notas que informan al género pactos parasociales y acercarnos así, a través de dos herramientas fundamentales: la teoría general del contrato y el derecho de daños.

Como veremos a lo largo de esta obra, en varios sistemas solo se regula en forma concreta y específica, una variante de una especie del género pacto parasocial, el subtipo, y dentro de esta variante, el celebrado exclusivamente por accionistas de una sociedad anónima. No se regulan los convenios en que las partes son socios en otros tipos sociales, ni los celebrados por socios de cualquier sociedad mercantil, incluida la anónima, con personas ajenas a la misma.

Debe estarse prevenido de la diferencia entre el concepto de tipicidad y el de nominalismo, el tema del *nomen* de los contratos se afina en el derecho romano y en las acciones que otorgaban los contratos nominados. En el derecho actual se abre la brecha de la nominalidad, al amparo de la atribución de competencia normativa a los sujetos de derecho, la denominada autonomía privada. Se encontrarán de este modo contratos nominados y con ausencia de tipificación legislativa, o contratos con tipicidad de regulación incompleta, o incluso con tipicidad negativa –aquellas figuras que el legislador nombra para excluir del ordenamiento jurídico–.

Si imaginamos un grupo de círculos concéntricos, encontraremos al negocio jurídico como círculo mayor; luego a las convenciones, negocios jurídicos donde participan dos o más otorgantes; posteriormente a los contratos, convenciones que generan obligaciones; dentro de los contratos a los pactos parasociales, contratos identificados por su vínculo de conexidad con el contrato social en función de su objeto, entre ellos a los convenios de sindicación; dentro de los convenios de sindicación, que pueden celebrarse en cualquier sociedad civil o comercial, encontraremos a la sindicación de accionistas, dentro de estos últimos se ha estudiado a los convenios para

⁶⁵SACCO, R.; DI NOVA, G., *Tratatto di Diritto Civile*, t. I – *Il Contratto*, pp. 432-439.

el voto y a los denominados de bloqueo, aunque estas no son categorías que sirvan para individualizar un tipo de convenio de sindicación de accionistas, porque refieren al contenido normativo del negocio que puede darse en conjunto sin que incida en la tipicidad.

De esta forma, frente a un convenio de accionistas para el voto, este es especie del género convenio de accionistas, que a su vez lo es del género convenio de sindicación, que puede darse en cualquier sociedad civil o comercial o en una cooperativa, y este a su vez es especie del género pactos parasociales.

A su vez, al interior de los negocios jurídicos convencionales que ingresan en la categoría pactos parasociales, y que por tener vocación de permanencia y constituir contratos plurilaterales encartan dentro del tipo convenio de sindicación, celebrados por accionistas de una sociedad anónima, se ha discutido su denominación en la doctrina latinoamericana.

Miller, y luego Lapique en Uruguay, se refiere a la figura como “sindicación de acciones”, denominación que podría dar a entender que las acciones se encuentran sometidas a alguna obligación o gravamen, la que entendemos inapropiada, aun en la situación de inscripción del convenio y de los efectos que ello genera en sistemas como el brasileño o el uruguayo, donde cumplidas ciertas formalidades, el convenio es oponible a la sociedad, aspecto que se analizará *infra*, en el Capítulo séptimo.⁶⁶⁻⁶⁷

En caso que no exista inscripción, la cuestión ni siquiera podría plantearse; en efecto, al celebrarse el contrato, por el principio de relatividad de los contratos, un futuro adquirente de la acción es un tercero, ajeno al vínculo asociativo no societario que se crea con el convenio de sindicación. Respecto a los sucesores universales de un sindicado, v. g., muerte, fusión por absorción, los efectos del convenio de sindicación se transmitirán a los sucesores, como también se les transmitirá la acción –*rectius* el conjunto de derechos que representa–. Ambas transmisiones operan por vías separadas, de modo que la transferencia de las situaciones jurídicas generadas por el contrato de sindicación, no es consecuencia de la transmisión de la acción. Esta transmisión se producirá por modo sucesión o por fusión por absorción en el ejemplo antes colocado,

⁶⁶MILLER, A., *Sociedades Anónimas – Sindicación de Acciones*, Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 2009; LAPIQUE, L., *Manual de Sociedades Anónimas*, Ed. FCU, Montevideo, 2012.

⁶⁷ Refutando a estos autores puede verse, AMORÍN, M., *Convenios de Sindicación...*, *op. cit.*, pp. 123-125.

pero no como consecuencia de una rehipersecutoriedad. Podrá también no operar la transmisión, o podrá no hacerlo para alguna de las obligaciones si del convenio surgieran obligaciones *intuito personae*, vinculadas, por ejemplo, con la profesión del accionista. Tampoco operará la transmisión si, por ejemplo, el convenio tuviera inserto el plazo incierto muerte de algún accionista, como causa de cese de la eficacia del negocio.

Las obligaciones que emergen del contrato de sindicación no son obligaciones *propter rem*. Respecto de la acción, en el sentido de documento en soporte físico asociado al conjunto de situaciones jurídicas que comporta el “Estado de Socio”, en caso de inscripción, en el derecho brasileño y uruguayo, se analiza *infra*, en el Capítulo Séptimo, por qué no se trata de obligaciones *propter rem*.⁶⁸

De no resultar oponible a la sociedad ni a terceros, por no existir previsión en el sistema jurídico de que se trate o por haberse decidido no inscribirlo si la hubiere, claramente no se trata de obligaciones *propter rem*. Como es sabido, estas obligaciones tienen como característica que el deudor se individualiza en función de ser titular de un derecho real sobre una cosa, de modo que al transferirse la titularidad varía el deudor, que se determina “per relationem”; aun tratándose de un título al portador, admisible, por ejemplo, en el sistema uruguayo. El accionista es titular de una posición contractual emergente del contrato –estatuto– social, y esta es la única que puede ceder cuando transfiere la acción, sin consentimiento de la sociedad ni de los otros accionistas, en función del régimen previsto para la circulación de aquella.

Ese conjunto de situaciones jurídicas tiene su soporte en las normas ingresadas por el contrato, el estatuto social y en los actos colectivos dictados por los órganos sociales en función de la estructura normativa creada al comenzar a operar la sociedad. Las situaciones jurídicas activas y pasivas originadas en el convenio de sindicación tienen otro soporte normativo diverso y no se relacionan en términos de constituir un gravamen sobre las otras situaciones jurídicas; para obtener ese resultado deberá constituirse un derecho real sobre las acciones, v. g., un derecho real prenda sobre derechos personales, lo cual se analizará en el Capítulo octavo. Mal puede configurarse un derecho real por la sindicación, que solo podrá tener efecto obligacional en función del sistema de *numerus clausus* de los derechos reales, por su incidencia en

⁶⁸ Sobre el concepto de obligación “*propter rem*”, por todos, puede consultarse BERDAGUER, J., *Fundamentos del Derecho Civil*, t. I, Ed. FCU, Montevideo, 1994, pp. 51-58.

los derechos de terceros, que impera en los sistemas jurídicos donde analizamos el negocio en el presente.

En los ordenamientos donde puede transmitirse la acción por el régimen de los títulos valores es la acción, pero no la calidad de parte contractual en un convenio de sindicación, esto no transforma al convenio de sindicación en un contrato *intuitu personae*, ni a la calidad de parte contractual en incedible, aspecto superado desde la pandectística alemana, cuando se comenzó a admitir la cesión de deuda. El convenio de sindicación es un contrato, la cesión de contrato comporta la cesión de deudas y requiere la manifestación del acreedor.⁶⁹

No cualquier contrato celebrado entre los socios encarta en la categoría pacto parasocial, para que ingrese debe referir a las situaciones jurídicas generadas en tanto socios de la sociedad a la que el negocio se conecta.

A su vez, no todo pacto parasocial ingresa en la categoría convenio de sindicación, este último supone una organización, la fijación de procedimientos para la adopción de las decisiones a lo interno de dicha organización, estabilidad y permanencia, lo que requiere la regulación de las relaciones entre los sindicados y de la forma en que procederán frente a terceros, incluida la sociedad.

Esto último diferencia al convenio de sindicación, contrato de ejecución continuada, de aquellos contratos de cumplimiento instantáneo, referidos, por ejemplo, a la obligación de votar en un sentido en determinada situación, o a no enajenarle las acciones de que son titulares los pactantes a un determinado sujeto de derecho, por un cierto lapso.

En el Capítulo tercero se profundiza el análisis de la tipicidad de segundo orden del negocio, analizando algunos tópicos vinculados al enfoque que la doctrina clásica denomina funcional, de los fenómenos asociativos, una vez determinado que ingresa en la categoría contrato, en tanto negocio jurídico convencional generador de obligaciones.

Los pactos parasociales no son contratos comerciales, no se regulan por el derecho mercantil, son negocios civiles, aun cuando algunos de los otorgantes sean

⁶⁹MOLLA, R., “Análisis comparativo de cesión de crédito, cesión de contrato, delegación y novación”, *Revista de la AEU*, N° 1, 1994, pp. 13-19.

personas jurídicas con comercialidad formal, como destaca en Brasil, Miranda, quien agrega que el negocio se regulará por lo dispuesto en el Código Civil, además de por lo dispuesto en la Ley de sociedades comerciales en lo atinente al acuerdo de accionistas, que en Uruguay y en Brasil se encuentran regulados previéndose su oponibilidad.⁷⁰

Estos negocios no ingresan al contenido normativo que comporta el contrato social, denominado en ciertos tipos sociales, como las sociedades por acciones o las cooperativas, estatuto social; esto por cuanto no son adoptados mediante los mecanismos necesarios. Los pactantes no los celebran con ese fin, o no los celebran todos los socios o no los adoptan a través de un acto colectivo o complejo luego de conformada la sociedad –aprobación por la asamblea– o no siguen los ritualismos necesarios para incorporar lo regulado al estatuto social, esto aunque su decisión sea unánime, o finalmente crean reglas que exceden lo que debe normarse en el contrato social por su carácter de efímero, o ajeno al mismo, por ejemplo, cuando pactan la forma de obtener financiación para efectuar los aportes de capital a que se obligaron en el contrato social.⁷¹

Los convenios de sindicación suponen una estructura, que comporta un mecanismo para la adopción de decisiones por los sindicatos. Entre esas decisiones sí se incluye el voto en la asamblea para determinar en reunión del sindicato cómo este debe ser ejercido. Una vez definido cómo se procederá en cualquier asunto que esté sometido dentro de lo normado por el convenio de sindicación a decisión del sindicato, la decisión de este genera una situación de obligación en cabeza de los sindicatos. Esta situación de obligación no debe confundirse con la forma en que se asegura el cumplimiento de la misma, por ejemplo, designando un representante, o constituyendo garantías reales en cumplimiento de ello, v. g., prenda. En ciertas ocasiones o en ciertos tipos sociales como las cooperativas, por el principio de control democrático deberán ser los socios los que sufraguen personalmente en la asamblea o si son representados, es un lugar común en la legislación en la materia que solo puedan serlo por socios y que un socio solo pueda representar a otro socio y no a más. Entonces serán los propios socios los que ejercerán el voto en la forma en que lo han decidido previamente a través del sindicato.

⁷⁰MIRANDA, Edson Antônio, *Execução Específica dos Acordos de Acionistas*, Ed. Juárez de Olivera, San Pablo, 2000, p. 18.

⁷¹HALPERIN, I., *Sociedades Anónimas: examen crítico del Decreto-Ley 19.550*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 635; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios...*, op. cit., p. 436.

Especie entonces de los pactos parasociales, son los Convenios, que se caracterizan por su organicidad, por la conformación de una realidad asociativa no societaria, cuya calificación jurídica se estudiará en el Capítulo tercero.⁷²

Estos pactos pueden celebrarse en cualquier tipo social, aunque el estudio se ha centrado en las sociedades de capital; claro que ciertos enunciados socialmente típicos de las sociedades anónimas no son necesarios en las sociedades personales, por ejemplo, en lo referido a los convenios denominados de bloqueo, ya que en estos tipos sociales la transmisibilidad de parte contractual requiere, como es regla en el derecho civil, del consentimiento de los otros otorgantes, los socios. Sí se torna particularmente útil para la administración de la sociedad, o la fiscalización de la misma, que corresponde, por ejemplo, en las sociedades colectivas, a los socios, ordenando el manejo de los negocios comunes; siendo trascendente pautar aspectos de la administración que pueden ser fundamentales en esas sociedades, donde es decisivo con quién se contrata para determinar cómo habrá de procederse. Esto aplica a las sociedades en comandita por acciones para los socios comanditados. En una cooperativa también puede ser relevante, y de hecho en las cooperativas funcionan las agrupaciones de socios, que incluso compiten electoralmente. Muchas veces para mantener la disciplina a lo interno de la cooperativa se utilizan otros mecanismos de, al menos, dudosa legalidad, para lo que podría regularse por un convenio de sindicación, en particular en las cooperativas de segundo grado, donde el principio “un socio, un voto” ya no opera en la mayoría de los sistemas, admitiéndose el voto ponderado.

La celebración en las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada es conveniente, por lo que se dirá más adelante en torno a lo que aportan como mecanismos regulatorios. La regla es que los convenios en el marco de la autonomía privada puedan celebrarse en todos los casos, salvo norma en contrario.

En cuanto a la licitud, entonces, en consideración al tipo social con el que se conecta, solo puede haber el debate con carácter general en torno a su admisibilidad

⁷² En 1997 Cabanellas indicaba que en la realidad finisecular argentina, la mayor parte de los pactos parasociales sobre el voto no llegaban a conformar un sindicato, sino que eran pactos parasociales con la obligación de votar en un sentido u otro. *Vid. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios...*, *op. cit.*, p. 437.

para las cooperativas, tipo social para el que la hemos sostenido.⁷³ Distinta es la situación en consideración a los componentes personales del pacto y en particular cuando se celebran con terceros.

De ellos, el más común es el pacto en que los directores o administradores de una sociedad, que no son socios, situación que no puede verificarse, por ejemplo, en una cooperativa de primer grado, resultan obligados a ceñirse a ciertas instrucciones de “sus respectivos accionistas”, en tanto puede ser de estilo que algunos accionistas se reserven el derecho de designar un director y que los otros sindicatos deban votarlo en la asamblea respectiva, o todos ellos a seguir las directivas del sindicato, o que previo a asumir el director deba aceptar lo pautado en el convenio de sindicación incorporándose como pactante, entre otras; Asunto asaz debatido en la doctrina del *civil law*.

Una posible lectura es: la regla es que no es posible, salvo norma expresa que lo autorice; en esa línea podría señalarse, como en el caso del protocolo familiar (RD 171/2007) que habilita el pacto por otros familiares que no son en la actualidad los titulares de la riqueza.⁷⁴ Se debe estar advertido contra la forma de razonamiento a *contrario sensu*, que no parece de recibo, en territorios en que la autonomía privada funciona tal como fuera concebida por los clásicos y, consecuentemente, solo tiene límites negativos que deben ser impuestos por la ley. El debate parece superado respecto a los que devendrán probablemente socios, en la doctrina comparada, pero se mantiene para la situación de un tercero clásico, v.g., un banco. Feliu Rey al estudiar los pactos parasociales en las sociedades no cotizadas en el derecho español señala: “los suscriptores naturales del pacto son los socios, pero ello no es óbice para que, en determinadas circunstancias, terceras personas puedan ser parte también del pacto parasocial”.⁷⁵

Como destaca Martínez Rosado al estudiar los pactos en las sociedades cotizadas, en ese subtipo la consideración “no es baladí” en el derecho español, para la sociedad cotizada tiene importancia para determinar si un pacto entre titulares de obligaciones convertibles en acciones puede considerarse incluido en el ámbito de la aplicación de los arts. 530 y ss. de la LSC española, esto último comporta el

⁷³AMORÍN, M. y ALGORTA, P., *Sociedades Cooperativas...*, op. cit., pp. 217-221.

⁷⁴ Al respecto puede consultarse la obra monográfica de VALMAÑA CABANES, A., “El régimen jurídico del protocolo familiar”, disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/292369/TESI.pdf?sequence=1>, consultada el 11/4/2020.

⁷⁵FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., p. 172.

cumplimiento del requisito publicidad en ese ordenamiento jurídico, para dar eficacia al negocio (v.*infra*, Capítulo sexto).⁷⁶

Otro asunto en cuanto a los componentes personales refiere a la sociedad; mientras algunos admiten que la misma sea parte, otros tienen reparos y otros lo reputan inadmisibile; otros en tanto lo relacionan con un problema de tipicidad negocial, si la sociedad es parte el negocio no es parasocial, es un negocio social y debe analizarse la licitud o ilicitud en concreto de lo normado respecto de los actos que la sociedad puede otorgar. En Sudamérica se estila notificar a la sociedad y recabar el consentimiento de los representantes, indicando que nada tienen que observar (v. *infra*, Capítulo cuarto).

Por no integrar los enunciados normativos del estatuto o el contrato social, el pacto parasocial implica menores ritualismos para su modificación, aunque tratándose de un contrato necesita de regla el consentimiento de todos los otorgantes, lo que no ocurre en las sociedades anónimas o en las cooperativas para modificar el estatuto, que se puede modificar con el voto en contra de algunos socios, por ciertas mayorías usualmente calificadas, al menos para ciertos asuntos; aunque podría pactarse un mecanismo mayoritario para la modificación del propio contenido del convenio de sindicación. El convenio de sindicación permite además la conformación de mayorías especiales o mecanismos de permisos, según las características de la materia de que se trate, que protegiendo a las minorías en ciertas decisiones que se nominan en los convenios de cuestiones trascendentes o especiales o especialísimas.

En muchos países, cuando se constituye una sociedad se procura el formulario más parecido al que conforma al registrador para obtener rápidamente la personería jurídica, evitando que el mismo deba analizar aspectos de fondo, diversos a los que está acostumbrado a analizar todos los días. Aprobada la constitución social se legisla a través del pacto parasocial. En otros países, las sociedades se adquieren como un producto más, para comenzar a operar, y una vez adquiridas hay que regular lo que interesa al negocio que concretamente se llevará adelante y cómo distribuir el poder y las tareas; esto incumbe a las sociedades cerradas. En las cotizadas, es el anexo natural para la regulación de todos los aspectos que interesan a los accionistas.

⁷⁶MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., n. 37, p. 34.

Son negocios estructuralmente diversos del contrato o estatuto social, pero conexos con aquel de forma unívoca, son negocios accesorios de forma que la nulidad del contrato social comporta la del accesorio pacto parasocial, si se celebra antes que el contrato de sociedad; solo cuando aquel llegue a existir, desplegará efectos, y cuando se extinguen los efectos del contrato social, se extinguen los del pacto parasocial, en tanto la extinción del principal provoca la del accesorio, o en otra lectura posible, por imposibilidad de la prestación. El contrato social es ajeno en cambio a las vicisitudes de lo accesorio, pues para que lo accesorio impacte sobre lo principal se requiere una norma que expresamente lo indique, v. g., destrucción de la cosa dada en prenda, que en varios sistemas comporta la exigibilidad de la obligación principal.⁷⁷ Sin embargo, cierta parte de la doctrina ha sostenido que la conexión es biunívoca, en particular en el caso de convenio suscrito por todos los socios o accionistas (véase *infra*, Capítulo tercero).

1.3. Lo que se connota en esta obra con la expresión “pactos parasociales” y con la expresión “convenio de sindicación”

La ciencia del Derecho se expresa a través del lenguaje y tiene su objeto a su vez en este. Es relevante precisar los posibles significados que se le pueden atribuir a una expresión utilizada, de modo de evitar dificultades en el análisis de las categorías involucradas: estas precisiones semánticas y sintácticas que se buscan pueden incidir luego, en la pragmática, respecto a los conceptos de referencia.

En la materia, las menciones a las definiciones de los privatistas que hemos citado dan cuenta de que no hay acuerdo en torno a qué connota la “sindicación de acciones”, o el “convenio de sindicación”; consecuentemente, se generan hesitaciones en torno a los negocios denotados por la expresión.

Cabanellas hace notar que la doctrina argentina suele calificar como acuerdos de sindicación de acciones a todos los convenios relativos al voto en los órganos societarios. Estos últimos pueden caracterizarse como aquellos contratos que tienen como efecto crear obligaciones respecto al ejercicio del derecho de voto.

El autor en cita valora inconveniente esta tendencia y prefiere reservar la denominación para aquellos convenios que implican la creación de un mecanismo para la adopción de decisiones por los integrantes del sindicato, en forma previa a la

⁷⁷MAMBRILLA RIVERA, V., “Los pactos parasociales y la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas: análisis de su tratamiento en la ley 26/2003”, *RdS*, N° 22, 2004, pp. 225-226.

asamblea o reunión de socios en que se ejercerá el voto; decisiones a las que se someterán los integrantes del sindicato, sea que el voto sea ejercido por un síndico designado, por el sindicato o por los socios personalmente, conforme fuera decidido en el sindicato.⁷⁸ Este tipo de problemas derivan de convenciones del lenguaje.⁷⁹

La expresión “**pactos parasociales**” se utilizará en esta obra para referir a *contratos que son celebrados por socios o accionistas de una sociedad comercial, civil o cooperativa, entre sí o con terceros, en referencia a por lo menos una de las situaciones jurídicas, generadas por normas que toman como presupuesto de hecho sus posiciones contractuales en la sociedad*. En cambio, “**convenios de sindicación**” se utiliza para los “*pactos parasociales*”, que se celebran con el fin de constituir una agrupación voluntaria de personas.

⁷⁸CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios...*, op. cit., p. 440.

⁷⁹ En el Derecho uruguayo, un dato relevante para convenir una denominación apropiada surge de la mención legislativa contenida en el art. 331 de la Ley de sociedades, que al regular estos convenios para la “*sindicación de accionistas*” alude a “*los convenios de accionistas sobre compra y venta de sus acciones, ejercicio de los derechos de preferencia y de voto o cualquier otro objeto lícito*”.

CAPÍTULO SEGUNDO
CLASIFICACIÓN
Y
ENUNCIADOS NORMATIVOS

CONVENIOS DE SOCIOS Y ACCIONISTAS

LOS PACTOS PARASOCIALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y EL
DERECHO DE DAÑOS

2.1. Vertientes clasificatorias

Las clasificaciones que se mencionarán de seguido solo son útiles a efectos ilustrativos, en una primera aproximación a estos negocios de modo meramente descriptivo. En sede de clasificación, la doctrina contemporánea ingresa a analizar los pactantes o los posibles contenidos normativos de los convenios, en algún caso ambos, lo cual comporta una diversidad de contenidos y torna las clasificaciones no susceptibles de sistematizarse útilmente.

Dentro del amplio panorama de variantes y tomando en cuenta la definición de lo que se entiende por pacto parasocial y por convenio de sindicación, efectuada en el Capítulo 1 nal. 3, aportaremos de seguido la variedad de contenidos desde una mera aproximación, los que quedarán subsumidos en esos tipos negociales, según lo adelantado y lo que se dirá en el Capítulo tercero; advirtiendo que la amplitud de la definición hace que ingresen en la categoría pacto parasocial un sinnúmero de *contratos que son celebrados por socios o accionistas de una sociedad comercial, civil o cooperativa, entre sí o con terceros, en referencia a por lo menos una de las situaciones jurídicas, generadas por normas que toman como presupuesto de hecho sus posiciones contractuales en la sociedad*. Existen muchos intentos clasificatorios que responden a diversos criterios, y podría haber tantos como criterios de clasificación se ensayen.

Una clasificación que no es tal es la que busca determinar cuáles pactos parasociales mantienen la nota de tales, y cuáles dejan de serlo. Así, en vez de clasificar se trata de delimitar el ámbito del tipo contractual. Para el ordenamiento positivo de Uruguay y Brasil podría descartarse el carácter parasocial del convenio de sindicación, cumplidos los requisitos del art. 331 de la LS uruguaya y el 118 de la LS brasileña, el convenio “es oponible a la sociedad y terceros”. La afirmación es solo parcialmente de recibo, aun dándola por buena en cuanto al ámbito subjetivo, pues exclusivamente involucra el ámbito en que se prevé la oponibilidad, el convenio celebrado por y solo por accionistas de una sociedad anónima. Pero ni aun en ese ámbito se puede secundar, el carácter de parasocial no lo pierde, a nuestro juicio, y según la definición que adoptamos, en tanto mantiene su autonomía estructural, y solo está funcionalmente conectado. La sociedad es un tercero al que le es oponible el negocio, merecerá análisis específico la situación en que la sociedad aparece como pactante respecto a los alcances de la manifestación intencional de voluntad que brinda.

En estos sistemas, en puridad, los convenios son pasibles de ser clasificados en dos categorías respecto a este tópico: aquellos que resultan oponibles a terceros

(entre los que se encuentra la sociedad) y no oponibles, sin perjuicio del alcance del término “oponibles”, sobre lo que también se abundará.⁸⁰

Algunos criterios se basan en los otorgantes; si son los socios, terceros, y al interior de estos, administradores o terceros propiamente dichos.

Algunos autores se refieren a pactos parasociales colaterales al contrato o estatuto social, son aquellos por los que los socios firmantes se obligan frente a los demás pactantes a un cierto ejercicio de los derechos que tienen en su condición de socios. En cambio, los pactos parasociales que denominan complementarios son aquellos que determinan el nacimiento de nuevas situaciones jurídicas, diversas de la regulación de las que ya existían como consecuencia de la condición de socios frente a la sociedad que actúa como un tercero a tales efectos.⁸¹

Así, se alude a aquellos contratos que crean las agrupaciones de socios que hemos denominado “convenios de sindicación”. Cuando tienen relación con el ejercicio del derecho de voto, se nombran “sindicatos de voto”, que también tienen relación usualmente con limitaciones a la posibilidad de transmitir las acciones o partes sociales, “sindicatos de bloqueo”. Pero en cuanto al contenido normativo, es usual pactar que quedan alcanzadas por la sindicación, las situaciones de los pactantes actuales y las que se generen en el futuro como consecuencia de la emisión de nuevos títulos, por aumento de capital o suscripción de nuevas acciones, previéndose regulaciones sobre el ejercicio del derecho de preferencia, o estableciéndose criterios para la elección de los directores o administradores, negocios de opción para la venta futura de las acciones, criterios de valuación de las mismas, distribución de actividades, construcción de unidades de negocios separadas, relaciones entre la sociedad y otras sociedades, limitaciones a la actividad comercial de los socios, precios de venta para todas las acciones a un tercero; en sede de objeto detallaremos los contenidos posibles y los analizaremos, límites para mantener la misma porción de capital, aportes de capital que deben realizarse en la medida en que se va desarrollando la actividad, o contra ciertos hitos o autorizaciones estatales, cláusulas arbitrales, obligaciones de venta de los minoritarios en ciertos supuestos, creación de órganos del sindicato, forma de convocatoria de las reuniones del

⁸⁰HARGAIN, D., “Sindicación de socios”, *op. cit.*, p. 267.

⁸¹FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, AA.VV., “Pacto parasocial”, *op. cit.*, p. 4715.

sindicato entre otros. Tan extensa puede ser la regulación según la complejidad, que un convenio de sindicación puede tener una extensión y un detalle superior al contrato social, esto es por demás evidente, por ejemplo, en una sociedad civil de profesionales, donde casi todo el funcionamiento del emprendimiento colectivo se regula en el convenio.

La categorización entre convenios de sindicación de voto y pactos parasociales de bloqueo resulta común en la materia, aunque en realidad es difícil encontrar un negocio que sea pasible de subsumirse en una u otra categoría exclusivamente, por lo que su utilidad refiere, más que nada, a la descripción antes aludida del contenido del negocio.

La clasificación toma como criterio diferenciador el objeto, y expresa que el sindicato de voto aúna las voluntades de los participantes, de forma de coordinar el ejercicio de sus derechos individuales de voto en la sociedad. Para influir en forma estable en las políticas societarias pueden integrarse por la mayoría o minoría de los socios o accionistas y por ello cierta doctrina se ha referido a que pretende “influir”, teniendo en cuenta que de no contarse con las mayorías, no se estará en condiciones de determinar el rumbo de la sociedad. Clásicamente se denomina de mando al sindicato de voto, cuando está, por su conformación, en condiciones de ejercer el control de la marcha de la sociedad. Respecto al pacto de bloqueo, este puede prever la prohibición de enajenar las participaciones sociales por el plazo de vigencia del convenio o imponerle la obligación de ofrecerlas previamente a los otros sindicatos, o en ciertas condiciones.⁸² Si el acuerdo de bloqueo no creara organización alguna, saldría del tipo convenio de sindicación para encartar en otra variante de pacto parasocial.

El criterio clasificador toma en cuenta las obligaciones emergentes del negocio de sindicación de que se trate y la clasificación carece de trascendencia en la actualidad, pues el haz obligacional resulta ampliado en la práctica, hasta alcanzar casi la totalidad de los derechos del socio. La utilización de la herramienta, como se viera, trasciende largamente estas dos finalidades y van mucho más allá del incremento de la influencia de los socios en la marcha de la sociedad.

Dentro del amplio fenómeno de la sindicación se encuentran dos grandes contenidos: las disposiciones que regulan el voto y las que limitan la transmisión de las acciones o partes sociales cuando estas son transmisibles sin consentimiento de los otros

⁸²Holz, E., “Convenios de sindicación”, en *A.D.Com*, t. 5, Montevideo, 2001, pp. 119-121.

socios. El primero implica la finalidad de ejercitar una influencia de carácter estable en la agrupación voluntaria de personas que son titulares de esas acciones, mediante el ejercicio del derecho de voto en único sentido; en tanto que en el de bloqueo la finalidad es limitar o condicionar la transmisión de las mismas. Pérez Moriones señalaba en España que el sindicato de voto es definido como aquel contrato por el que uno o varios miembros de una agrupación voluntaria de personas se compromete entre sí o frente a terceros, a no ejercitar su voto o a ejercerlo en los órganos de aquella, en el sentido decidido, con el fin de llevar a cabo un influjo estable. El sindicato de bloqueo se caracteriza por la obligación consistente en que por un lapso, no deberán transmitir acciones de las que los participantes son titulares o bien someter la transmisión de las mismas a determinadas limitaciones, aludiendo entre otras, a la autorización del sindicato, a un derecho de adquisición preferente reconocido a favor del resto de los sindicados, o a que el adquirente reúna determinados requisitos.⁸³

La presencia entre las estipulaciones del convenio de aquellas atinentes a lo tipificado como propio de un convenio de voto resulta probable, pues parece poco aconsejable la inclusión solo de estipulaciones que refieran a uno u otro aspecto, particularmente cuando el sindicato de voto asume la característica de sindicato de mando, esto es, reúne las voluntades necesarias como para, efectivamente, fijar el rumbo que se entiende adecuado transite la sociedad. Siendo así, es necesario limitar la posibilidad de transmitir las acciones o cuotas sociales cuando esta transmisión fuere posible sin la aquiescencia de los restantes socios.

En la línea de la doctrina clásica en el tema, corresponde explicar ahora la categoría de los denominados convenios financieros. Refiere su caracterización a la finalidad perseguida por los constituyentes, vinculada a la obtención de lucro mediante la comercialización de las propias partes sociales o acciones, generalmente estas últimas. La ventaja o provecho no se obtiene de este modo en función de las ganancias que genere una sociedad en la que se procura desplegar influencia, sino en la especulación con los valores representativos de la calidad de socio, constituyendo el agrupamiento una estrategia en términos de oferta y demanda. De este modo, las

⁸³MARIÑO LÓPEZ, Andrés, *El convenio de sindicación de acciones para el voto en la Junta General de Sociedad Anónima en el Derecho Español*, p. 94 (inédito, disponible en Biblioteca Suprema Corte de Justicia Uruguay).

acciones son consideradas como un valor en sí, y sobre los mismos y su colocación versará la regulación. Así, se distingue: i) Los sindicatos de emisión y colocación de títulos, pactándose que el grupo sindicado suscriba acciones emitidas y las coloque luego a un precio mayor. La oportunidad de efectuar la oferta de venta se determina en función de las variaciones del mercado en la materia y se procura crear un monopolio para la compra, que ocasionará la baja; luego al momento de la reventa, en cambio, habrá una oferta única y un potencial adquirente atomizado, lo que podrá generar la esperada ganancia. Las entidades intervinientes emplean la fórmula denominada “best effort”, asumiendo una obligación de medios, esto es, actuar con la diligencia media del buen hombre de negocios en procura de que sus clientes suscriban la emisión. ii) Denomínase de garantía la modalidad en que, a diferencia de lo antes expuesto, los sindicatos asumen la obligación de suscribir una cantidad de títulos y colocarlas entre el público, a cambio de una comisión. Es la modalidad conocida como “firm commitment”. iii) En los designados como de resistencia y especulación se pacta una limitación a la transmisión de las acciones, pero la finalidad es incidir en el precio de las acciones, impidiendo una oferta excesiva o adquiriendo las acciones de modo de evitar una baja en los precios; estos son los llamados sindicatos de rescate. Los denominados de especulación apuntan a provocar oscilaciones en los precios en el mercado bursátil, procurando a sus integrantes beneficios en dichas operaciones. En el caso de los sindicatos de resistencia, se intenta detener la transferencia de acciones a terceros, lo que apunta a preservar el valor de las acciones, al disminuir la oferta, o a precipitar el aumento de su precio, o en su caso, a “secar” la plaza mediante la adquisición masiva de los títulos por los propios accionistas para luego retenerlos y enajenarlos en el tiempo oportuno. Los denominados de rescate involucran situaciones en las que no existe oferta pública de acciones, procuran garantizar al suscriptor de acciones que no cotizan en bolsa, interesado en la reventa, la rápida enajenación posterior. El sindicato opera así como vehículo de utilidad, a fin de la comercialización a terceros a precios convenientes.⁸⁴

Otra especie que mereció análisis específico es la integrada por los denominados “joint ventures agreements”, generadores de sociedades conjuntas. Alcanzan una amplia variedad de negocios de colaboración entre empresas, que pueden

⁸⁴ Cfr. WEILLER, A., “Oggetto e validità dei sindacati di amministrazione”, *Rev. Bancaria*, 1926, p. 40; *apud* MADARIAGA, J. R., *La sindicación de acciones*, *op. cit.*, p. 45, y MARTORELL, E. E., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 150-151.

generar acuerdos de naturaleza contractual asociativos no societarios, o una nueva sociedad, o aun filiales comunes. En estos casos los enunciados deben regular el reparto del poder entre los pactantes, los beneficios, los derechos de veto de alguno de ellos o de todos y las formas de resolución de disputas, en ocasiones arbitrales, para salir de las situaciones de bloqueo o paralización. Como indica Paz-Ares, la incidencia que el pacto parasocial puede tener sobre el *joint venture* dependerá de cada caso: el acuerdo puede agotarse en la decisión de las partes de constituir la filial común, en cuyo caso su contenido se limita a anticipar las reglas de organización y funcionamiento del “vínculo societario”, que luego serán íntegramente incorporadas a sus estatutos. Nacido antes de la creación, por ejemplo, de la sociedad resultado de su celebración, no se resume en un contrato preliminar con obligaciones de hacer de otorgar un nuevo contrato el social, sino que pasa luego a conformarse como pacto parasocial respecto de la sociedad creada por los otorgantes, regulando en paralelo los derechos y obligaciones de las partes entre sí y en relación con la filial común, en cuyo caso encarta en la categoría de pacto parasocial y dentro de ella en la de convenio de sindicación, según la clasificación que hemos propuesto.⁸⁵ Una variante de estos, los “investment agreements”, se celebran cuando un inversor profesional capitaliza la sociedad, emitiéndose acciones o adquiriendo parte del paquete; el pacto parasocial tiene lugar entre el inversor y los integrantes del órgano de administración social.

Los autores franceses utilizan criterios clasificatorios no para el negocio en sí, sino para describir su contenido, distinguen entre las normas generadas por los acuerdos que regulan la adquisición o cesión de acciones y las referidas a los modos de ejercicio de tales derechos de voto; o en otros términos, indican que los pactos de accionistas permiten encerrar la titularidad del capital en una densa malla contractual; ciertas cláusulas tienden a cristalizar la distribución de los derechos sociales, otras a ejercer un control de los movimientos. A su vez, la cláusula de ratificación dicta que todo nuevo socio o accionista deberá adherir al pacto, tratan de subsumir esta situación en un *porte fort*, por el cual el cedente se obliga a obtener la ratificación del cesionario o

⁸⁵PAZ-ARES, C., “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, en URÍA, R. y A. MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Civitas, Madrid, 1999, p. 1328, y “La denuncia ad nutum de los contratos de duración indeterminada: entre el Derecho dispositivo y el Derecho imperativo (Reflexiones a propósito de Joint Ventures y Pactos Parasociales)”, en GARCÍA DE ENTERRÍA (coord.), *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2014, p. 841.

una disposición que establezca que sin la ratificación del cesionario del pacto parasocial no desplegará efectos la cesión.⁸⁶ Dominique Velardocchio-Flores también los segmenta según la materia normada, alude a pactos que regulan el funcionamiento de los órganos sociales, ya establecido en el estatuto o contrato, pactos que regulan los derechos de los socios, o que aluden a transmisión de partes sociales o acciones.⁸⁷

En la doctrina italiana, la referencia ineludible es Oppo, quien clasificó en tres categorías estos negocios: de relación, de atribución y de organización, lo que a su vez puede reducirse a dos categorías, tomando en cuenta si crean o no derechos subjetivos en cabeza de la sociedad.

Así, se denominan pactos de relación aquellos en que prima la regulación de las relaciones entre los socios, de modo directo, sin mediación de la sociedad. Entre ellos se citan los que prevén derechos de adquisición preferente sobre partes sociales o derechos de venta conjunta, los denominados “pactos de no agresión”, por los que se establecen obligaciones de no incrementar la participación en el capital de cada sujeto por encima de un determinado porcentaje, obligaciones de adquirir o ceder partes sociales o acciones en determinados supuestos, la asunción de pérdidas de unos socios por parte de otros, previsiones respecto a una redistribución de los dividendos en función de criterios diversos a los emergentes del contrato social o estatuto, cláusulas de valoración de las partes sociales, entre otras.

En tanto se alude a pactos de atribución, en la clasificación propuesta para identificar aquellos que dan nacimiento a derechos de los que deviene titular la sociedad y de obligaciones para los contratantes a favor de aquella; se caracterizan por ventajas o provechos a favor de la sociedad. Es el caso de acuerdos que prevén préstamos a favor de la sociedad, aportaciones suplementarias o la recomposición del capital en caso de pérdidas, concederle el uso sin contraprestación de una marca, etcétera.

⁸⁶LOKOTILOVA, Y., “L’efficacité des pactes d’actionnaires”, disponible en <https://www.lettredesreseaux.com/P-1089-485-A1-l-efficacite-des-pactes-d-actionnaires.html>, consultado el 11/4/2020.

⁸⁷VELARDOCCHIO-FLORES, D., “Les accordsextra-statutaires entre associés” Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1993, “Dans une première partie, Mme Velardocchio-Flores établit une typologie de ces accords, en prenant leur objet comme critère de distinction. Après les avoir différenciés des actes et délibérations des organes de la société ou des contrats conclus par la société en tant que personne, elle oppose les accords portant sur les structures de la société à ceux concernant les droits sociaux. Les premiers sont soit une vocation générale –qu’ils agisse d’accords préliminaires (projets ou promesses de société, accords organisant la future structure sociale) ou du règlement intérieur de sociétés– soit une fonction plus spécifique, en modulant le fonctionnement des organes sociaux ou en aménageant leurs pouvoirs. Les seconds, quant à eux, touchent aux prérogatives des associés au sein de la société, ou abordent le domaine toujours délicat de la transmission des droits sociaux”. PASQUALINI, F., “D. Velardocchio-Flores, Les accords extra-statutaires entre associés, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46 N° 4, octobre-décembre 1994, pp. 1222-1223.

Además de los mencionados, de los que surgen obligaciones de dar, puede referirse a obligaciones de no hacer, de las que se erige en acreedora la sociedad, entre otras no competir con la misma, otorgarle la distribución exclusiva de venta o intermediación de determinados productos fabricados o importados por los socios, entre otros.

En los convenios de sindicación pueden aparecer cláusulas que correspondan a cualquiera de estos tipos de convenio parasocial, referidos a la hora de clasificarlos sin la lógica mixtura de estipulaciones que genera en estos tópicos la autonomía de la voluntad.

También es posible distinguir aquellos acuerdos denominados de organización, de aquellos que no son tales, sino que se agotan en el cumplimiento de las obligaciones asumidas. En la categoría “de organización” ingresan los convenios de sindicación.

Lo pretendido por los socios en los pactos de organización, es incidir en la toma de decisiones sociales, salvo el caso de los convenios “financieros” antes mencionados.⁸⁸ En estos se pueden acordar estipulaciones susceptibles de caracterizarse en cualquiera de las categorías antes expuestas. El negocio parasocial podrá contener en sus estipulaciones distintos contenidos de entre los mencionados en las categorías anteriores, y otros. Así, los pactos de organización pueden importar la regulación de los más diversos aspectos. En cuanto a sus prestaciones, el convenio de sindicación es proteiforme y alcanzará, a modo de ejemplo, una extensa definición de términos; la regulación del objeto, en el sentido de actividad económica que desarrollará la sociedad; los aportes a capital; regulaciones para la emisión de nuevas acciones, condiciones de la emisión; política de dividendos; previsiones sobre modificaciones del estatuto; regulación sobre contratos de la sociedad; políticas básicas de la sociedad; planes de negocios; asignación de tareas a los accionistas; integración del directorio; forma de designación de los directores; formas de remoción; mayorías que necesita el directorio para expedirse sobre ciertos temas; periodicidad y forma de reuniones del directorio; designación de mandatarios y empleados; eventual funcionamiento de un comité ejecutivo; clasificación de asuntos en especial para la definición por la asamblea; detalle

⁸⁸OPPO, G., *Contratti Parasociali*, op. cit., pp. 6-12

y mayorías necesarias; mecanismos de desbloqueo ante diferencias, fijando proponentes, oponentes y forma de solución del conflicto; mecanismos de arbitraje, los que se refieren al arbitraje; mecanismos de fiscalización y auditorías; reglas para la transferencia o gravámenes sobre las acciones, declaraciones y garantías de las partes; reglas sobre incumplimiento, daños resarcibles y multas previstas.⁸⁹

En Italia, utilizando como criterio el impacto en el funcionamiento de la sociedad, en su investigación sobre el tema Luigi Farenga distingue entre pactos que inciden sobre la organización societaria y pactos que no tienen incidencia, lo que en la clasificación francesa correspondería con aquellas cláusulas que inciden sobre aspectos políticos y los que se refieren a aspectos económicos, al capital de la sociedad. En la primera categoría ingresan los convenios de sindicación para el voto o los que tengan relación en general con el funcionamiento en materia de derechos políticos, como los relacionados con los directores, su designación, cómo deben actuar, incluso con el derecho de información. En tanto, en la otra ingresarían los que regulen aspectos pecuniarios, dividendos, planes de capitalización, retribuciones, pactos de capitalización. Los pactos que constituyen estipulaciones para otro en beneficio de la sociedad, denominados por Oppo de atribución, quedarían agrupados bajo la categoría de pactos sin incidencia en la organización de la sociedad.⁹⁰ Estas categorías solo aportan, a mi juicio, a título informativo sobre el contenido, pero no son de utilidad para determinar la tipicidad de configuración o regulación de las figuras respectivas, lo que será analizado *infra* (Capítulo tercero).

2.2. Evolución de los enunciados normativos y su asignación de significado

2.2.1. Introducción

El negocio ha merecido en los países de la codificación, parca o nula regulación positiva y fue objeto antaño de interés por un intenso debate doctrinario en cuanto a su admisibilidad, particularmente en lo relacionado con la regulación del derecho de voto.

⁸⁹ Síntesis de algunos tópicos tratados en convenios de sindicación en nuestra práctica profesional.

⁹⁰ FARENGA, L., “Contratti Parasociali”, en *Saggi di Diritto Commerciale*, Collana Fondata da Tulio Ascarelli, Nuova serie, a cura di Giuseppe Ferri, pp. 35-45.

Pocos del sistema jurídico continental regulan este género de negocios, aunque no fuere más que para la sindicación de accionistas, tornándolos oponibles a la sociedad.

Hace ya décadas –señalaba Tomás Machado de Villafañe– que cada día se celebran estos negocios jurídicos, en particular los referidos al voto, entre los que se encuentran aquellos que generan la constitución de sindicatos, que tuvieron origen en el Derecho germánico (*Abstimmungs-Vereinbarungen*) o anglosajón (*voting-agreements*).⁹¹

Entrado el siglo XXI, ello incumbe a todos los pactos parasociales, en particular los de organización enfrentados a contratos o estatutos tipo, como los que se originan en sociedades prearmadas, o en la búsqueda de obtener aprobaciones estatales o en formularios notariales; o como en España para las sociedades de responsabilidad limitada, donde se proporcionan contratos tipo, verdaderos contratos de adhesión en pos de obtener celeridad. En esta realidad, los pactos parasociales devienen imprescindibles.

En los numerales siguientes, siempre a nivel descriptivo, se brinda un panorama de los enunciados normativos en algunos sistemas jurídicos.

En la presente obra nos detendremos solo en el Derecho español y el argentino (Capítulo sexto) por un lado, y el brasileño y uruguayo por otro (Capítulo séptimo), como casos paradigmáticos de sistemas que, respectivamente, no habilitan la oponibilidad a la sociedad, o sí la habilitan, aunque solo para las sociedades anónimas. Las conclusiones podrán trasladarse, sin mucha dificultad, a sistemas que respectivamente tengan similar regulación.

2.2.2. Derecho español

En España los pactos parasociales tuvieron su “antecedente” en los denominados pactos reservados.⁹²

⁹¹ Citado por MARTORELL, E. E., *Tratado...*, op. cit., p. 135.

⁹² Un estudio detallado de la evolución en el Derecho español puede consultarse en FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., pp. 31-55, cuyo relevamiento sirve de insumo al presente numeral.

En tiempos de la codificación del siglo XIX, el Código de Comercio de 1829, en sus arts. 287 y 288, establecía:

“ART. 287. Los socios no pueden hacer pactos algunos reservados, sino que todos han de constar-en la escritura social.

*”ART. 288. Los socios no pueden oponer contra el contenido de la escritura de sociedad ningún documento privado, ni la prueba testimonial”.*⁹³

Retiraba, a mi juicio, poder normativo negocial a los socios para celebrar negocios jurídicos diferentes de los contenidos en el contrato social y luego, en consonancia con la inexistencia del negocio, indicaba que no podían invocar lo que pretendieron regular. Desde nuestro marco teórico, se trata de una situación de falta de poder normativo negocial, por cuanto se retira tal posibilidad en consideración de la calidad previa de los sujetos pactantes en tanto socios; independientemente del contenido del negocio, la prohibición no refiere al objeto, sino en las calidades de los otorgantes, que en tanto socios no pueden celebrarlo, tanto como en el Derecho español los empleados públicos no pueden comprar bienes del Estado (art. 1459 del CC español); en la doctrina civilista de ese país estas situaciones se han subsumido en situaciones de nulidad, por contrariar el orden público.⁹⁴

En 1885 se dictó el Código de Comercio, aún vigente en ese país, que posibilitó la amplitud de regulación de las sociedades y en su art. 119 dispone:

“Toda Compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.

”A las mismas formalidades quedarán sujetas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25, las escrituras adicionales que de cualquier manera modifiquen o alteren

⁹³ Texto íntegro de una copia de la Universidad de Sevilla, disponible en <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/codigoDeComercio1829.pdf> consultado el 21 de abril de 2020.

FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., p. 32, menciona el art. 44 como el que consagra la prohibición Sin embargo. Dicho artículo establece: *“La pena pecuniaria prescrita en la disposición que antecede, se entiende sin perjuicio de que en el caso de resultar que á consecuencia del defecto ó alteración hecha en los libros se ha suplantado en ellos alguna partida que en su totalidad ó en alguna de sus circunstancias contenga falsedad, se proceda criminalmente contra el autor de la falsificación en el tribunal competente”.*

⁹⁴ Sobre el concepto de poder normativo negocial y las consecuencias de su ausencia como un supuesto de inexistencia del negocio que reconduce los desplazamientos patrimoniales al cuasicontrato de pago de lo indebido, puede consultarse CAFARO, E. y CARNELLI, S., *Eficacia contractual*, op. cit., p. 16. Sobre los alcances de este tipo de imposibilidad de celebrar negocios, en función de la calidad de los sujetos, por todos, puede consultarse DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1, Ed. Tecnos, 1995, pp. 604-605.

el contrato primitivo de la Compañía. Los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social”.

El contexto del enunciado varía la asignación de significado, en tanto procurando extraer la norma jurídica, la misma puede expresarse en la forma siguiente: los asuntos materia del contrato social. La mención se inserta en la regulación del contenido del contrato social y se retiran del enunciado las menciones de completitud, “todos”, “ningún”, que daban cuenta de que ciertos sujetos no podían celebrar ciertos negocios.

En aquel país hubo un hito importante con la sentencia del Tribunal Supremo Español del 16 de febrero de 1901,⁹⁵ llamado a expedirse sobre un acuerdo entre un socio colectivo que gerenciaba una sociedad y un socio comanditario de la misma, por la que el primero le ofrece cubrir las pérdidas que comportaran una disminución del capital aportado y a la Sociedad, y le asegura una ganancia del veinticinco por ciento sobre el capital aportado. Llamada la justicia a expedirse sobre el asunto, en primera y segunda instancia se declara la “nulidad” por aplicación del art. 119 del CCo de aquel país. Llegado el asunto al Tribunal Supremo, este indica que el negocio es válido en razón de la materia regulada, ajena de forma notoria y absoluta a la vida y existencia de la Sociedad, y de allí avanza para señalar una esfera de acción y realización distintas, que el pacto no altera las condiciones de la Sociedad comanditaria, que en su vida de relación funciona como si no se hubiera otorgado y afirma que no hay disposición legal alguna que prohíba a los socios, solo por serlo de una Sociedad determinada, pactar luego entre sí en los términos que lo hicieron las partes. En otro fallo del Tribunal Supremo, del 10 de junio de 1904, califica apropiadamente el negocio como un negocio de carácter civil que se regula por el Derecho común.

Así salió del ámbito del poder normativo la prohibición, y pasó a ubicarse en sede de objeto en sentido de normas jurídicas a ser creadas por los pactantes,

De esta forma se planteó que el pacto reservado es aquel que tiene como contenido lo que debe regularse en el contrato social o lo que se aparte de lo dispuesto

⁹⁵Repertorio de Jurisprudencia Civil. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1901, N° 44; Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de junio de 1904 (Repertorio de Jurisprudencia Civil, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1904, N° 101). Apud FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., p. 33.

en el mismo. Si un negocio no ingresa en la categoría de pacto prohibido, es un contrato otorgado en ejercicio de la autonomía privada. Obsérvese que los socios dotados de capacidad jurídica y poder normativo negocial otorgan su consentimiento en un negocio con un objeto determinado y posible, y la disconformidad con el ordenamiento recién puede presentarse al analizar su licitud; si ingresa en materia que está reservada al contrato social por así imponerlo la ley, es ilícito, en esta categoría queda subsumida la segunda, la cual plantea una “contradicción” con lo dispuesto en el contrato social.

El 17 de julio de 1951 se dicta la Ley sobre “Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas”. En su exposición de motivos la Jefatura de Estado de la época indica, sin ambages, su intención de limitar la autonomía privada. Señala que la ley:

“... viene a colmar una de las más acusadas lagunas legislativas que la obra codificadora [...] la libertad de constitución a que responde el vigente Código, exigía haber adoptado, a semejanza de otros países de Europa, un régimen legal completo que discipline la sociedad por acciones [...] desde de su fundación hasta el de su extinción [...] Obsesionados por un mal entendido concepto de la libertad [...] los redactores de nuestro Código de Comercio creyeron que el mejor modo de respetar la libertad era ausentarse de la regulación de la sociedad anónima. Y así pudo producirse el singular e inexplicable contraste entre nuestro Código de Comercio, con sus veinticuatro artículos dedicados a este tipo de sociedad, inspirados en su mayoría en el principio dispositivo y el resto de las leyes de los países civilizados que, siguiendo el ejemplo de la ley francesa de mil ochocientos sesenta y nueve, habían dotado a la sociedad anónima de un amplio sistema de normas legales en el que se excluía el libre juego del principio de la libertad de pactos, imperante en otros sectores de la contratación privada. Desde hace un siglo los legisladores mercantiles y los hombres de empresa coinciden al pensar que la elección por los fundadores de una sociedad de la forma anónima lleva consigo la necesidad de someterse a ciertos esquemas legales insustituibles por el arbitrio individual. Así lo exige el privilegio de la limitación de la responsabilidad del accionista y la conveniencia de proteger la ingente masa del ahorro que se canaliza hacia la inversión en forma de acciones de sociedad. Y si es justo reconocer que, a causa del ambiente de honestidad en que generalmente se desenvuelve la vida de los negocios en España, esta insólita libertad de que gozaron hasta hoy los fundadores y las mayorías de accionistas no ha producido graves escándalos, tampoco sería justo ni razonable empeñarse en mantener, frente al Derecho universal de la sociedad por acciones, un régimen de excepción que solo

puede producir frutos de inseguridad y de incertidumbre en las relaciones jurídicas nacidas en torno a este tipo de sociedad”. “[...] la sociedad por acciones, por ser la pieza maestra de la economía industrial moderna, debe ser sometida a una ley que, sin atentar a la libre iniciativa privada del empresario, la encauce, por normas jurídicas inspiradas en la mayor garantía de accionistas y acreedores y, en definitiva, en el bien común, al que por principio, ha de subordinarse el interés privado, por respetable que sea”.

En su art. 6 dispone: *“La Sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Desde este momento la sociedad tendrá personalidad jurídica [...] son nulos los pactos sociales que se mantengan reservados”*; reiterando de esta forma para este específico segmento lo ya dispuesto en el Código de Comercio, pero agrega el aditamento “sociales”, lo que convoca consistencia con la asignación de significado que al CCo había dado la jurisprudencia de principios del siglo XX.

La exposición de motivos se refiere a los pactos parasociales, concretamente a los de bloqueo. Expresa: “Otro de los puntos que ha suscitado viva polémica en la doctrina jurídica moderna, y que la Ley también aborda, es el relativo a la validez de los pactos restrictivos de la transmisión de acciones.” ***La solución se enfoca exclusivamente en el aspecto que toca a la sociedad***, eximiendo a ésta de reconocer aquellas limitaciones que no estén expresamente impuestas en los estatutos sociales (destacado nuestro) de la propia exposición de motivos surge entonces un elemento que abona la tesis de la validez del negocio aunque su inoponibilidad a la sociedad.⁹⁶

El alcance de lo dispuesto en el art. 6 generó opiniones divididas en la doctrina española. Algunos sostuvieron la nulidad de los pactos celebrados entre accionistas en una sociedad anónima, independientemente de su contenido. Para este segmento entonces se volvía a la realidad imperante en tiempos del CCo español de 1829, y postuló su validez si no ingresaban a aspectos de base del contenido del contrato de sociedad en función de la calificación de “sociales” contenida en la norma y que finalmente entendía que eran válidos si se referían a las relaciones de los socios

⁹⁶ Texto de la ley y exposición de motivos disponibles en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1951/199/A03355-03374.pdf>, consultado el 21 de abril de 2020.

entre sí, precisamente en su calidad de tales, sin ingresar a aspectos de la sociedad, sin variarse entonces, en el ámbito de las sociedades anónimas, lo dictado en el CCo español de 1895, según la jurisprudencia de principios del siglo XX.⁹⁷

A mi juicio, el aditamento social refuerza en el segmento de la sociedad anónima la norma que extraía el Tribunal Supremo de los enunciados del CCo español de 1895, pasa ser un tema de materia del convenio, lo que no deja de presentar dificultades respecto a los límites de la autonomía privada, o en otros términos, qué asuntos son materia específica del contrato social y no podrán ser regulados en un pacto parasocial. Algunos autores han indicado que los límites surgen de aquellos que afecten el funcionamiento de la sociedad y entonces serán nulos. Si se entiende que un negocio es nulo absolutamente, no cabe entrar en consideraciones de eficacia, o de oponibilidad, pues solo determinada la validez del negocio, se podrá entrar a analizar su eficacia, por lo que no es de recibo indicar que será nulo también entre las partes; no hay nulidad diferente de aquella que aplica entre las partes, pues la nulidad es la disconformidad de un negocio con el ordenamiento, que comporta consecuencias diversas de las pretendidas por las partes.

En 1969, Pedrol Rius mencionaba la admisión de los pactos de voto y de bloqueo, relevando las sentencias del Tribunal Supremo Español de 27 de setiembre de 1961, 10 de octubre de 1962 y 28 de setiembre de 1965. En la primera de ellas se había convenido el reparto de los puestos en el Consejo de Administración entre un accionista mayoritario y otros minoritarios. Uno de estos no podía integrar el consejo por militar un impedimento y consecuentemente se pactó que se designaría a otra persona en su lugar. En el caso, el Tribunal Supremo entendió válido el convenio de voto en el que acordó esto, pero respecto al incumplimiento invocado, no se verificó por darse un supuesto de imposibilidad. En la segunda, en una sociedad anónima integrada por dos socios, el mayoritario presidente se obligó a consultar al otro, en los asuntos decisivos para la sociedad. Sin haberlo consultado, decide convocar a la asamblea, que aprueba la disolución de la sociedad y el nombramiento de liquidadores. En este caso la sentencia parte de la validez del pacto y entiende que no puede supeditarse la convocatoria

⁹⁷ En el primer grupo se ubican GARRIGUES, J. y URÍA R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. I, *op. cit.*, pp. 157-170; en el segundo, GAY MONTELLA, R., *Tratado Práctico de Sociedades Anónimas*, 3ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1962, p. 72 y ss., y en el que sigue la línea de las sentencias del Tribunal Supremo de principios del siglo XX, RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 3ª ed., Ed. Derecho Financiero, Madrid, 1974, p. 210, y VELASCO ALONSO, A., *La Ley de Sociedades Anónimas*, 5ª ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, p. 65. Cfr. FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, *op. cit.*, p. 35.

exigida por el art. 150 de la LSA Española, a obtener la aquiescencia del minoritario en tanto el convenio no podía modificar lo establecido en la ley respecto a quién es competente para convocar a la junta –asamblea–. Finalmente, en la última de las resoluciones judiciales, un socio de una sociedad limitada se compromete con una sociedad anónima a transformar la limitada en anónima y aumentar el capital, dando participación por mitad a aquella, no cumple, en las instancias la condenan a indemnizar a la sociedad, pero el Tribunal señala que no cabe oponer incumplimiento de la demandante, pues fue la accionada la que se atrasó en la inscripción del aumento de capital, pero no hace cuestión de la nulidad del pacto, sino que por el contrario analiza el incumplimiento, lo que supone un negocio válido y eficaz que genera obligaciones pasibles de ser incumplidas.

Señalaba en 1991 Vicent Chuliá, analizando el ambiente favorable a los pactos con este contenido en el Derecho español que pudo influir en la doctrina, el apoyo a las tesis contractualistas en la dogmática posterior a la ley de 1951, ley que como surge del comunicado de la Jefatura de Estado de la época tenía una fuerte impronta institucionalista. Se ha señalado en la etiología de estos sucesos que el Prof. Uria tomó posición desde el primer momento a favor de la licitud y amplia eficacia de los convenios de sindicación, inclinándose por la doctrina alemana, y en general anglosajona, en momento de fuerte hostilidad contra aquellos de la doctrina del *civil law*, en particular francesa e italiana.⁹⁸

Pero los debates sobre cuál era el negocio mentado y excluido por razón de su objeto en el CCo y en la Ley de sociedades anónimas prosiguieron.

Estos debates encartan, a mi juicio, en las observaciones que realizara el teórico argentino Carrió, en su clásica obra *Notas sobre Derecho y Lenguaje*.

Así, hay “pseudodisputas” originadas en equívocos verbales, pues se suele creer –y los doctrinarios no han sido ajenos a ello– que cada palabra tiene un significado intrínseco o propio; esto es favorecido por la ambigüedad con que normalmente se formulan las preguntas, en este caso “qué es un pacto social” o “qué es un pacto reservado”, dando por sentado que solo tiene un uso legítimo, y de allí hay un solo paso

⁹⁸PEDROL RIUS, A., *La anónima actual...*, *op. cit.*, pp. 251-259; VICENT CHULIÁ, F., “Licitud, eficacia...”, *op. cit.*

breve a preguntarse por la “naturaleza” o la “esencia” del “pacto social” o del “pacto reservado” o del “pacto parasocial”, pregunta que solo puede ser respondida por el abordaje que se le da, describiendo las características de “la entidad” en que “el significado” único de la palabra, v. g., “pacto reservado” consiste. La pregunta es ambigua, qué “es” un pacto reservado o en qué “consiste” un pacto reservado; no queda claro si estamos pidiendo se indique el significado o significados de la expresión “pactos reservados” o que se describan las propiedades o características típicas de los fenómenos designados con ella, o alguna otra cosa. Para que cualquier discusión sobre los fenómenos designados por las expresiones pactos reservados, pacto social o pacto parasocial, sea una genuina discrepancia y no un simple equívoco verbal, debe mediar acuerdo previo sobre el significado que en la disputa se le da a estas tres expresiones claves: “reservados” “social” y “parasocial”; porque de lo contrario es inútil discutir sobre qué características tiene o deja tener el “pacto reservado” si previamente no hay acuerdo en cuanto a qué connota la expresión. Decía Carrió: “Todo esto parece trivial, pero es el caso que hay muchas controversias entre juristas que tienen ese origen y constituyen por lo tanto, monumentos a la esterilidad.”

Supongamos que en algunos casos algunos autores, como lo hemos hecho en el Capítulo primero, indicaron en qué sentido utilizarían ellos las expresiones pactos parasociales, pactos reservados o pactos sociales; así alguien puede indicar que todos los pactos parasociales son pactos reservados. Si no me hago cargo de la situación, es muy probable que todos los esfuerzos dialécticos sean estériles, pues cada vez que señale a mi adversario ejemplos de pactos parasociales que no me parezcan pactos reservados, me dirá que esos no son pactos parasociales. Esto, claro está, es una mera tautología que se origina en su decisión previa, podría decir esto pero con ello no abordo el problema de fondo, para hacerlo debería argumentar acerca de las desventajas de asumir la definición que mi contendiente asumió y explicar por qué razones de conveniencia teórica es preferible separar un campo que mi contendiente mantuvo unido, segmentando unos pactos por un lado y otros por otro; todas esas razones que puedo esgrimir tienen carácter valorativo, teórico o práctico y ninguna de ellas es concluyente.

A mi juicio, en todo el devenir de la dogmática española sobre estos temas hay un desacuerdo valorativo encubierto, cuando están de por medio las palabras, la pretensión de “descubrir”, de dar el significado “verdadero” o “auténtico” o la solución “correcta” de una palabra o expresión asume la forma de las denominadas definiciones

persuasivas, formular una definición persuasiva es recomendar un ideal, por ejemplo: “es malo que los socios puedan regular sus intereses en el marco de la autonomía privada, es bueno que se limite en materia societaria la autonomía de la voluntad”, o la inversa, estos juicios de valor encubiertos que como tales no son predicables de verdad o falsedad.

En ese abordaje se debe estar prevenido respecto a otras discrepancias relacionadas con las anteriores, que dicen tener relación con la denominada por los juristas naturaleza jurídica, en este caso buscar la “naturaleza jurídica del pacto reservado” y así se dirá que “la naturaleza del pacto parasocial no es esta sino la otra”. Los juristas al preguntar por la naturaleza jurídica de una institución persiguen un imposible, una justificación única para todos los casos que ya en forma clara o imprecisa caen en un conjunto de reglas. La mención a la “naturaleza jurídica”, a la esencia, este modo de presentar las cosas, es un resabio del pensamiento de la Escuela Histórica, que ha perdurado aun hoy en la teoría jurídica de Europa Continental y de América Latina, mucho tiempo después que las “banderas de aquel movimiento romántico fueron arriadas”. Lo que se busca en ciencia jurídica, no está en la naturaleza, no es de esencia, sino que emana de convenciones del lenguaje.⁹⁹

Con esta observación a la vista, sabiendo cómo discutimos del tema los discutidores, cabe puntualizar que cuando se introduce el concepto de pacto parasocial, esto posibilita que la doctrina, con el fin de que se celebraran pactos entre los socios, plantee que ese término connotaba un significado diferente del mencionado en las norma del CCo español, que establecía la nulidad, en particular para los sindicatos de voto, donde la materia regulada refería como veremos en la sede correspondiente a las “razones para la acción” –de los accionistas en la junta–, parafraseando a Hart. Pero en ese contexto lo que connotaba y denotaba cada uno de los términos en juego padecía de vaguedad semántica.

La autora vasca Pérez Moriones, en 2013 indicaba que “con carácter previo al análisis de la eficacia de los pactos parasociales, resulta necesario realizar una matización de carácter terminológico en nuestro ordenamiento se ha utilizado la

⁹⁹CARRIÓ, G., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 4ª reimpresión, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998, pp. 91-105.

expresión ‘pactos reservados’ –y no ‘pactos parasociales’–, incluso con posterioridad al momento en que esta última es acuñada. En efecto, la utilización de la expresión ‘pactos reservados’ durante el siglo XIX y mitad del siglo XX resulta lógica, al no existir la segunda. Pero tampoco una vez creada, la expresión ‘pactos parasociales’ es usada por el legislador español. Pues bien, esta opción parece responder a la circunstancia de que esta última denominación no presentaba especial difusión a mediados del siglo XX y su sustitución con ocasión de la redacción de la LSA 1951 podía entorpecer que se apreciase el alcance de la novedad introducida en el art. 6 del mencionado texto legal, es decir, el reconocimiento de la licitud de tales pactos.⁶ Con todo, la doctrina se muestra dividida respecto al alcance de este precepto. Así, mientras que cierto sector sostiene que aquella declaración impide que los pactos entre socios no incorporados a la escritura social surtan efecto alguno, ni siquiera entre los participantes en los mismos, otro sector matiza la sanción de nulidad, defendiendo su eficacia ‘inter partes’, siempre que tales pactos no afecten a elementos esenciales de la escritura. Incluso, un último sector de la doctrina postula que la nulidad no se aplica a aquellos pactos que tienen por objeto relaciones de los socios entre sí en su cualidad de tales, pero que no deben considerarse en sentido estricto como pactos sociales”.¹⁰⁰

En 2012, Feliu Rey alude a que se empieza a generar una evidente confusión de términos entre la noción del pacto reservado del art. 119 del CCo y los “auténticos contratos parasociales”, como si fuera predicable de verdad o falsedad, por ejemplo, intentando determinar cuándo se presentaba un pacto parasocial y cuándo un pacto reservado, se identificaba en algunos casos al pacto parasocial con el pacto reservado o, en sentido inverso, se subsumía la noción de pacto reservado en la supuesta categoría más amplia de pacto parasocial y analiza la doctrina española que protagonizó el debate que venimos de situar desde la teoría general, que es metalenguaje respecto a la dogmática.

Describe el autor en cita, de modo detallado, el panorama. Garrigues, sirviéndose de la denominación de Oppo “pactos parasociales”, indicaba que “los convenios de sindicación no son Derecho corporativo, están al margen de éste ‘son

¹⁰⁰PÉREZ MORIONES, A., “La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios”, en *Estudios de Deusto*, vol. 61/2, Bilbao, jul.-dic. 2013, pp. 261-262. Esta autora releva que la jurisprudencia los ha considerado negocios jurídicos válidos en las SSTs de 27 de septiembre de 1961; de 10 de noviembre de 1962; de 28 de septiembre de 1965; de 24 de septiembre de 1987, Ref. Aranzadi, Nº 6194; de 26 de febrero de 1991, Ref. Aranzadi, Nº 1600; de 10 de febrero de 1992, Ref. Aranzadi Nº 1204; de 18 de marzo de 2002, Ref. Aranzadi Nº 2850; de 19 de diciembre de 2007 (sic).

acaso pactos o contratos que un autor italiano (Oppo) ha llamado contratos parasociales” sigue más adelante afirmando que “[...] si hubo un pacto de sindicación, ese pacto, dentro de la sistemática del Código de Comercio, mientras no se haya incorporado a la escritura de la sociedad, es un pacto reservado y como tal prohibido en art. 119 del Código de Comercio” y años después este profesor junto a Uria analizando el panorama en las sociedades anónimas, indicaban “[...] son carácter de pactos reservados entre los accionistas, suelen existir convenios de sindicación que atribuyen el derecho de voto de las acciones sindicadas exclusivamente al síndico designado en este pacto. Pues bien, para que tales pactos puedan ser válidos [...] será preciso que se incorporen a la escritura social”.¹⁰¹

Ya Uria en el prólogo a la clásica obra de Pedrol Rius sobre la sindicación de accionistas señalaba “el estudio de las relaciones entre Sociedad y la consiguiente clasificación de éste como contrato parasocial, de carácter accesorio respecto de la Sociedad, puede resultar sumamente fructífero en la difícil tarea de determinar los confines de la licitud del contrato de sindicación”, la postura del sindicato como pacto parasocial, distinguiéndolo del pacto reservado, afirmando que si consideramos el “pacto (los de voto) como de carácter social, el hecho de mantenerlo reservado le haría caer en la enérgica sanción de nulidad”.¹⁰²

Los argumentos que se esgrimían por “los defensores de este tipo de pactos para salvarlos de la sanción de nulidad” –se aprecia sin dificultar el contenido valorativo del planteo– se centraban según síntesis que nos parece de recibo efectuada por Feliu Rey en que no “pertenecen al Derecho corporativo de las sociedades anónimas, están (do) al margen de él”, sino “amparados por la regla de autonomía contractual, de no suceder que se propongan un fin que atente a los preceptos de ius cogens o desnaturalicen exigencias sustanciales de la configuración de las sociedades”.¹⁰³

¹⁰¹GARRIGUES, J., “Sindicato de accionistas”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IX, pp. 100 y 102; GARRIGUES, J. y URÍA, R., *Comentario de la Ley de sociedades anónimas*, t. I, *op. cit.*, p. 17, relevamiento de FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, *op. cit.*, p. 38, n. 24.

¹⁰²URÍA, R., Prólogo de la obra de PEDROL RIUS, A., *La anónima actual...*, *op. cit.*, p. 19, relevamiento de FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, *op. cit.*, p. 38, n. 25.

¹⁰³GARRIGUES, J., *Temas de derecho vivo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, p. 16; *apud* FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, *op. cit.*, p. 39, n. 27.

El razonamiento sería este, los pactos reservados están alcanzados por el Derecho corporativo y son nulos, los pactos parasociales no están alcanzados por el Derecho corporativo y entonces son válidos; siendo que lo que debe demostrarse es cuáles pactos ingresan en la categoría pactos reservados y cuáles no y fundamentar el porqué.

Lo que hay que demostrar es por qué los pactos que se denominan parasociales no ingresan en la categoría pactos reservados.

Se agrega a esto que los pactos parasociales se regulan por la regla de la autonomía privada, lo que es cierto, pero irrelevante a los efectos que deben determinarse, todos los negocios jurídicos surgen de la autonomía privada. Se apela también a un concepto que puede calificarse de geográfico jurídico si se permite la licencia, no integran el Derecho corporativo, de donde surge que los pactos reservados sí integran el Derecho corporativo, a qué se alude con Derecho corporativo y qué trascendencia tiene esto, son asuntos que no son respondidos de forma satisfactoria.¹⁰⁴

Por RDL 1564/1989, luego del dictado de la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, en 1988, se aprueba el texto refundido de la LSA española; en 1995 se dicta la LS Española para las SR, Ley 2/1995 y se establece que los pactos no serán oponibles a la sociedad (art. 7.1 de la LSA española, y 11.2 de la LSRL española).¹⁰⁵

El art. 7.1.II de dicha ley establece *“Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”*, derogando lo dispuesto en el artículo 6 de la ley de 1951, que establecía la nulidad de los pactos sociales que se

¹⁰⁴FELIU REY analiza el debate sobre el art. 7 de la LS Anónimas española de principios de la década de los setenta y detecta lo que este autor denomina pasaje de la nulidad a la ineficacia. Sin embargo, el negocio, como veremos, pasó a considerarse válido y eficaz, solo que inoponible a la sociedad. En su sede analizaremos qué entendemos por inoponibilidad y cómo aporta desde el punto de vista teórico distinguir eficacia, de oponibilidad y de relevancia, siguiendo a los profesores uruguayos Cafaro y Carnelli. El autor en cita analizó las actas respectivas de la comisión y detectó que en la sesión del 20 de mayo de 1970, recogida en el acta N° 14, luego de un debate sobre qué se debe entender por “pacto reservado” se formulan cuatro propuestas de redacción, que el autor transcribe: a) No afectarán a la Sociedad ni perjudicarán a terceros, los acuerdos entre socios que no están incorporados a la escritura o que, aun estándolo, no hayan tenido acceso al Registro (Pactos reservados). Propuesta de Garrigues. b) Inscrita la Sociedad, no serán eficaces como pactos sociales los que se mantengan reservados entre los socios. Propuesta de Hernández Gil. c) Inscrita la Sociedad, carecerán de eficacia como pactos sociales los que se mantengan reservados entre los socios. Propuesta de Hernández Gil. d) EL incumplimiento de las expresadas formalidades comportará la ineficacia de tales modificaciones respecto de terceros, quienes sin embargo podrán involucrar en lo que les favorezca. Propuesta de Pelayo. Y el 3 de junio de 1970, acta N° 15, después de otro debate, se aprueba la siguiente redacción por los miembros de la Comisión: “Inscrita la Sociedad, no tendrán la consideración de pactos sociales ni perjudicarán a terceros los que se mantengan reservados entre los socios”. Esto se mantuvo en los anteproyectos españoles de 1979 y 1987 (Anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades. Archivo de la Comisión General de Codificación, Legajo 44, Carpeta 1), *op. cit.*, pp. 40-41.

¹⁰⁵ROSSI, H. E., “Oponibilidad y cumplimiento...”, *op. cit.*, p. 37.

mantuvieran reservados. Se reconoce de este modo la eficacia obligacional de los convenios entre los pactantes con independencia del conocimiento o no de la sociedad. En tanto, el art. 66 establece que “[...] *Los copropietarios de una acción habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio*”, los mismos deberán acordar el sentido en que votar.¹⁰⁶

Debe tenerse presente lo dispuesto por el art. 42 del Código de Comercio en su literal c), que establece la obligación de confeccionar estados contables consolidados por una sociedad comercial cuando *“pueda disponer en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto”*.

El art. 4.1 de la Ley de Mercado de Valores al regular las situaciones en que las empresas se deben considerar integrantes de un grupo, cuando se puede considerar que existe unidad de decisión, y consecuentemente control, alude a que la entidad dominante *“disponga de la mayoría de los derechos de voto de la entidad dominada, bien directamente, bien mediante acuerdo con otros socios de ésta última”* y en el literal b) de la misma norma establece *“que la entidad dominante tenga derecho de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad dominada, bien directamente, bien a través de acuerdos con otros socios de esta última”*.

El art. 2 del Real Decreto 377/1991¹⁰⁷, norma que regula la comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas, establece que *“Se asimilará a un adquisición de acciones la celebración de acuerdos o convenios con otros accionistas en virtud de los cuales las partes queden obligadas a adoptar, mediante un ejercicio concertado de los derechos de voto de que dispongan, una política común duradera en lo que se refiere a la gestión de la Sociedad. La ruptura o modificación de dichos acuerdos o convenios deberá ser también objeto de comunicación”* y en el numeral 4 dispone *“En el supuesto de celebración de los acuerdos o convenios, a que se refiere el párrafo segundo del apartado 1 anterior, tendrá la consideración de titular aquella de las partes celebrantes que posea previamente el mayor número de derechos de voto”*. La Ley 7/2003, de 1 de abril de 2003, de la Sociedad Limitada Nueva

¹⁰⁶ Para un panorama legislativo anterior a 1989, MADARIAGA, J. R., *La sindicación de acciones*, op. cit., p. 92, y HOLZ, E., op. cit., p. 126.

¹⁰⁷ En la redacción dada por el Real Decreto de 7 de diciembre de 1998, art. 11.

Empresa, en su apartado tercero, regulando con carácter general los pactos parasociales, establece: *“Reglamentariamente se establecerán las condiciones forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como en su caso, el acceso al Registro Mercantil de las escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción”*.¹⁰⁸

Luego, la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modificaron la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, incluyó en el art. 112, la primera definición de pacto parasocial incluida en el Derecho español, señalando que se entendían por tales aquellos que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas cotizadas, y luego indicó que la regulación que imponía se aplicaba a otros pactos, los que se refieran a obligaciones convertibles o canjeables emitidas por una sociedad anónima cotizada.

Estableció como requisito legal de eficacia de la celebración o modificación de dichos negocios jurídicos, el cumplimiento de varios requisitos acumulativos, la comunicación a la propia sociedad, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, acompañando copia de las cláusulas del documento en el que conste que afecten al derecho de voto o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones o de las obligaciones convertibles o canjeables; y finalmente, el depósito en el que conste el pacto parasocial deberá ser depositado en el Registro Mercantil en el que la sociedad esté inscrita.

En tanto no tengan lugar las comunicaciones, el depósito y la publicación como hecho relevante, el pacto parasocial no producirá efecto alguno en cuanto a las referidas materias, obsérvese que solo se limita la eficacia de esa parte del objeto del negocio. La sociedad y la CNMV deben publicar el pacto en sus correspondientes páginas webs como hecho relevante. Posteriormente, el RD 171/2007, de 9 de febrero 2007, estableció la publicidad de los Protocolos Familiares, negocio que analizaremos en el Capítulo séptimo.

Basta con señalar en este capítulo, dedicado a los enunciados normativos, que la redacción dada al art. 114.2 del RRM por el RD 171/2007 dispone que en las

¹⁰⁸ Referida por PAZ-ARES, C., *op. cit.*, pp. 19-20.

inscripciones de las SA se harán constar los pactos y condiciones inscribibles que los socios juzguen convenientes establecer en la escritura o en los estatutos, siempre que no se opongan a la leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima y, en particular, podrán constar en las inscripciones: a) las cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares; lo que también aplica a las SRL, según dispone el art. 175.2 RRM.

El art. 128.b) del TRLMV incluye los pactos parasociales sobre valores como un medio más que puede generar una situación de control societario. Los apartados a) y b) del art. 135.1 permiten a las sociedades acordar la ineficacia de los pactos parasociales que restrinjan la transmisibilidad de los valores o limiten el voto.¹⁰⁹

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio de 2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, establece en su artículo 29: *“Pactos reservados. Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”*. Recoge los enunciados del art. 7.1, párrafo segundo, de la LSA española de 1989 y 11.2 de la LSRL de 1995, en tanto que los arts. 530 a 535 recogen lo que edictaba el art. 112 de la LMV española. Otras normas que aluden a los pactos parasociales en el Derecho español son los arts. 128.b) y 135.1.a) y b) del TRLMV; el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas

¹⁰⁹ Las ofertas públicas de adquisición se encuentran reguladas en España en los arts. 128 y siguientes del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercados de Valores (LMV); así como en el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores (RDL); y en la Circular 8/2008, de 10 de diciembre, de la CNMV, por la que se aprueban los modelos a los que deberán ajustarse los anuncios y las solicitudes de autorización de las ofertas públicas de adquisición de valores. El RDL permite a la CNMV exonerar de presentar ofertas, para el caso de alcanzar un porcentaje de 30 % o más de los derechos de voto si ya otro sujeto, solo o en acuerdo con otros, tuviera un porcentaje igual o superior al que tenga el obligado. El art. 5, numerales 1, literal b), y 2 establece que debe tenerse en cuenta un pacto parasocial para el cómputo de los derechos de voto. El 26.1 prevé el supuesto de que el oferente desista, situación en la que debe reducir el porcentaje de derechos de voto por debajo del límite de control o dejarse sin efecto el pacto parasocial. Finalmente, la decisión de declarar ineficaces las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones que surgen de un pacto parasocial durante el lapso previsto para la aceptación de la oferta, y la ineficacia de las restricciones al voto que surjan del mismo deben ser comunicados por la sociedad a la CNMV, a tenor de lo edictado en el art. 29.1 a) y b). El texto puede consultarse en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-14483-consolidado.pdf>

públicas de adquisición y el su Reglamento (arts. 3.1. literal b), 4.2, 5.1.b), 5.2, 26.1 y apartados a) y b) del art. 29.1 y los artículos 114.2 y 175.2 RRM).

El art. 540.4.a), apartado 2, de la LS de Capital española obliga a las sociedades cotizadas a incluir en el Informe de Gobierno Corporativo, los pactos parasociales comunicados a la propia sociedad, a la CNMV y, en su caso, depositados en el RM.

Emerge el inequívoco reconocimiento en el Derecho positivo español, a través de estas normas, de esta clase de convenios, si bien no desde la perspectiva de otorgar una regulación específica a los mismos en tanto negocio jurídico, sino procurando regular los especiales vínculos y situaciones de control de unas sociedades sobre otras y del cumplimiento de obligaciones de comunicación a los órganos de control, de la celebración de este tipo de negocios.

Aquí se plantea nuevamente el asunto de si los pactos sociales, esto es, los que referían a materias propias del contrato social, siguen regulándose por el art. 119 del CCo español y por ello eran nulos.

A mi juicio, esta distinción es inaceptable, cuáles materias debían ser reguladas para que un pacto fuera considerado social y cuándo un pacto era parasocial no ya en razón de su ajenidad estructural del contrato y conexidad, sino en razón de la materia regulada; una distinción de enorme vaguedad semántica en cuanto a lo que connotaba y denotaba el concepto, que solo tuvo incidencia valorativa antaño, cuando los que valoraban positivamente la celebración de estos pactos buscaban una definición persuasiva.¹¹⁰

Parte de la doctrina española busca respuesta en la historia fidedigna de la sanción, analizando los debates de la Comisión General de Codificación, e indica que se está reconociendo expresamente la validez y eficacia de los pactos parasociales, y agrega que también de los viejos pactos reservados. Parece que sigue ínsita en la clasificación la idea de materia regulada, siendo que la calificación de parasocial no refiere a la materia, sino a la posición del negocio respecto al contrato principal y los evalúa como de eficacia limitada, aunque como veremos, estos son válidos y eficaces plenamente, solo que inoponibles a la sociedad.

La nueva redacción torna irrelevante la imprecisa división entre pacto parasocial y pacto reservado que había estructurado la antigua doctrina, abogando por la

¹¹⁰ Sobre el concepto de definición persuasiva, *vid.* CARRIÓ, G., *Notas sobre Derecho...*, *op. cit.*, pp. 104-105.

validez de los pactos que regulaban ciertas materias y por tanto salían del objeto ilícito, luego de la sanción del Código de comercio de 1895, teniendo presente que el de 1829 retiraba directamente poder normativo negocial para celebrar estos negocios.

En ese sentido, el Tribunal Supremo español recoge apropiadamente la unidad de la categoría, en sentencia del 6 de marzo de 2009 al manifestar que los pactos parasociales mediante los cuales los socios pretenden regular, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los causes específicamente previstos para ello en la ley los estatutos despliegan efectos dentro de los límites de la autonomía privada.

La doctrina se ha mostrado dividida en este asunto, mientras algunos comparten lo que viene de señalarse;¹¹¹ otro sector, mantiene la diferenciación en razón de materia entre pacto parasocial y pacto reservado, o en los términos del legislador español de 1951 entre pacto parasocial y pacto social.¹¹²

La distinción en razón de “la materia”, sosteniendo que los pactos sociales eran aquellos que serían objeto –en el sentido de norma– del contrato social, pero carentes de la forma debida que regulan la vida corporativa, se vio superada. Sin embargo, algunos autores españoles contemporáneos continúan entendiendo admisible el concepto de pacto reservado, así, dentro de los pactos parasociales distinguen pactos reservados de los que no lo son. Se retomará este asunto en el Capítulo sexto.¹¹³

¹¹¹DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, en *Derecho de sociedades anónimas (homenaje al Profesor José Girón Tena)*, vol. 1 – *La Fundación*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 89.

¹¹²RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J., “Presupuestos y efectos de la inscripción y de la publicación. Los pactos reservados”, *Derecho de sociedades anónimas (homenaje al profesor José Girón Tena)*, op. cit., p. 410. FELIU REY sostiene que es admisible la distinción, indica que se pasa “a una presunción de licitud y validez, salvo que se demuestre lo contrario y que la nulidad se sustituye por “la ineficacia del pacto frente a la sociedad”. Luego volveremos sobre este concepto, op. cit., p. 44l.

¹¹³ Así, FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., p. 44, expresa: “Sin embargo nosotros discrepamos de esta unificación, y debemos seguir advirtiendo, como veremos en relación con la validez de los pactos en la siguiente parte del trabajo, que los pactos parasociales pueden ser reservados o no”, citando a VAQUERIZO, A., “Comentarios a los arts. 28 y 29 de la Ley de Sociedades de Capital”, en RJO, Á. y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 397.

2.2.3. El Derecho argentino

En la Argentina, antes del dictado de la vigente Ley 19550 se debatía en la doctrina, con particular fervor,¹¹⁴ la admisibilidad de los convenios para el voto, en ausencia de regulación legal del instituto que se mantiene hasta el presente. En esa ley, hoy vigente, tampoco se reguló el negocio, aunque la doctrina admite su celebración¹¹⁵ y mayormente aboga por el dictado de normas que lo regulen,¹¹⁶ citando entre los antecedentes a tener en cuenta lo dispuesto por el art. 331 de la ley uruguaya.¹¹⁷ Existe en el Derecho argentino una alusión a este negocio en los arts. 38 y 39 de la Ley 23696, de “Reforma del Estado”, de 1989, que prevé entre los accionistas de “la sociedad anónima privatizada” la posibilidad de celebrar convenios de sindicación de acciones para “manejar” (sic) sus relaciones. Secundando también en su art. 40, la celebración de otros acuerdos entre socios para adoptar ciertas decisiones. Hasta allí el Derecho positivo en la Argentina; hoy día parece superado el debate en torno a la admisibilidad, pero en ausencia de otras normas, se debate respecto a la “oponibilidad” a la sociedad de los negocios, objeto del presente.

Los planteos doctrinarios no fueron prohijados por el legislador al dictar el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por Ley 26994, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, que no los reguló. Sin embargo, el Código regula un género de tipos contractuales en los que ingresa el subtipo de pacto parasocial, el cual hemos denominado, siguiendo a la doctrina clásica, convenio de sindicación, que implica una estructura asociativa no societaria y depende de la calificación de los restantes, en general los pactos parasociales.

El art. 1442 alude a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad.

A estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho. A las comuniones de derechos reales y a la indivisión hereditaria no se les aplican las

¹¹⁴ Aluden MADARIAGA y MARTORELL, entre otros, a las “célebres” jornadas de agosto de 1966, en Buenos Aires, sobre convenciones de voto y sindicación de acciones, donde crudamente debatió la más autorizada doctrina, sin arribar a conclusiones unánimes.

¹¹⁵ Constituyó un punto de inflexión para la admisión del instituto, la sentencia de la Cámara Nacional de Comercio, sala C, del 22 de setiembre de 1982, en autos Sánchez Carlos c/ Banco de Avellaneda S.A. y otros, redactada con pluma galana por el Dr. Jaime L. Anaya, cuyo texto puede leerse en MARTORELL, E. E., *Tratado...*, op. cit., pp. 186-232.

¹¹⁶ En el mismo sentido, OKS, R. J., “Aceptación y reglamentación de los pactos de sindicación de acciones”, ponencia presentada a las *Jornadas Internacionales de Derecho Comercial, II Encuentro argentino-uruguayo de institutos de Derecho Comercial*, Colonia, 1º al 3 de mayo de 1997.

¹¹⁷V. g., ROSSI, H. E., “Oponibilidad y cumplimiento...”, op. cit., p. 63.

disposiciones sobre contratos asociativos ni las de la sociedad. En el art. 1443 se establece que si las partes son más de dos, la nulidad del contrato respecto a una de las partes no produce la nulidad entre las demás y el incumplimiento de una no excusa el de las otras, excepto que la prestación de aquella que ha incumplido o respecto de la cual el contrato es nulo sea necesaria para la realización del objeto del contrato. En cuanto a la forma de expresión del consentimiento, esos contratos no están sujetos a requisitos de forma y respecto a la actuación del grupo edicta el CC y Co argentino que cuando una parte trate con un tercero en nombre de todas las partes o de la organización común establecida en el contrato asociativo, las otras partes no devienen acreedores o deudores respecto del tercero sino de conformidad con las disposiciones sobre representación. En cuanto al objeto, las partes tienen libertad para configurar en estos contratos los contenidos que estimen del caso, dentro de los límites de la autonomía privada (arts. 1444 a 1446).

2.2.4 El Derecho italiano

En Italia se ha debatido largamente sobre la admisibilidad de este tipo negocial. Han hecho caudal quienes en la doctrina han sufragado por la admisión del convenio de sindicación para el voto, del art. 2352 del *Codice Civile* de 1942, que atribuye al acreedor prendario y al usufructuario de acciones el ejercicio del derecho de voto, admitiendo así la escisión de tal derecho, de entre los que refieren al socio.

El art. 119 del *Testi Unico della Intermediazione Finanziaria* T.U.F., con esta referencia incluida por Decreto-Ley del 24 de febrero de 1998, alude solamente a la sociedad italiana por acciones que cotizan en el mercado italiano o de otros países miembros de la UE y a las que controlan, pero sin especificar en cuanto a las segundas, cuál debe ser su forma jurídica. Así, podría tratarse de una sociedad cotizada, o al menos de una sociedad anónima, sociedad “*per azioni*”, pero también de otro tipo social, la sociedad de responsabilidad limitada, y una sociedad personal. En cuanto al ámbito objetivo, se refiere a un elenco no exhaustivo, mencionando los de mayor tipicidad social: el convenio de sindicación para el voto, el de bloqueo, y los pactos parasociales, que establecen limitaciones a la transferencia de las acciones o prevén derechos de adquisición preferente, o regulan instrumentos financieros, o pretenden el ejercicio de

control o aquellos que pretenden incidir de modo de favorecer una oferta o procurar que no se concrete otra para la adquisición de acciones mediante una oferta pública.

Los arts. 122, 123 del T.U.F. italiano regulan dos aspectos, la publicidad y la información que debe brindarse en el mercado y el plazo del negocio, estos artículos han sido susceptibles de múltiples modificaciones y agregados.¹¹⁸

¹¹⁸ En la redacción vigente, 3 de mayo de 2020, indica: Art. 119.- *Le disposizioni del presente capo si applicano, salvo che sia diversamente specificato, alle società italiane con azioni quotate in mercati regolamentati italiani o di altri paesi dell'Unione Europea (società con azioni quotate).* Art. 122.- *(Patti parasociali) 1. I patti, in qualunque forma stipulati, aventi per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società con azioni quotate e nelle società che le controllano entro cinque giorni dalla stipulazione sono: a) comunicati alla Consob; b) pubblicati per estratto sulla stampa quotidiana; c) depositati presso il registro delle imprese del luogo ove la società ha la sua sede legale; d) comunicati alle società con azioni quotate* 829. 2. *La Consob stabilisce con regolamento le modalità e i contenuti della comunicazione, dell'estratto e della pubblicazione* 830. 3. *In caso di inosservanza degli obblighi previsti dal comma 1 i patti sono nulli.* 4. *Il diritto di voto inherente alle azioni quotate per le quali non sono stati adempiuti gli obblighi previsti dal comma 1 non può essere esercitato. In caso di inosservanza, si applica l'articolo 14, comma 6. L'impugnazione può essere proposta anche dalla Consob entro il termine indicato nell'articolo 14, comma 7*831. 5. *Il presente articolo si applica anche ai patti, in qualunque forma stipulati: a) che istituiscono obblighi di preventiva consultazione per l'esercizio del diritto di voto nelle società con azioni quotate e nelle società che le controllano; b) che pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o di strumenti finanziari che attribuiscono diritti di acquisto o di sottoscrizione delle stesse; c) che prevedono l'acquisto delle azioni o degli strumenti finanziari previsti dalla lettera b); d) aventi per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società; d-bis) volti a favorire o a contrastare il conseguimento degli obiettivi di un'offerta pubblica di acquisto o di scambio, i vi inclusi gli impegni a non aderire ad un'offerta.* 5-bis. *Ai patti di cui al presente articolo non si applicano gli articoli 2341-bis e 2341-ter del codice civile.* 5-ter. *Gli obblighi di comunicazione di cui al comma 1 del presente articolo non si applicano ai patti, in qualunque forma stipulati, aventi ad oggetto partecipazioni complessivamente inferiori alla soglia indicata all'articolo 120, comma 2*834. Art. 123 *(Durata dei patti e diritto di recesso) 1. I patti indicati nell'articolo 122, se a tempo determinato, non possono avere durata superiore a tre anni e si intendono stipulati per tale durata anche se le parti hanno previsto un termine maggiore; i patti sono rinnovabili alla scadenza.* 2. *I patti possono essere stipulati o anche a tempo indeterminato; in tal caso ciascun contraente ha diritto di recedere con un preavviso di sei mesi. Al recesso si applica l'articolo 122, commi 1 e 2.* 3. *Gli azionisti che intendano aderire a un'offerta pubblica di acquisto o di scambio promossa ai sensi degli articoli 106 o 107 possono recedere senza preavviso da i patti indicati nell'articolo 122. La dichiarazione di recesso non produce effetto se non si è perfezionato il trasferimento delle azioni.* Art. 123-bis⁸³⁵ *(Relazione sul governo societario e gli assetti proprietari) 1. La relazione sulla gestione delle società e mittenti valori mobiliari messi alle negoziazioni in mercati regolamentati contiene in una specificazione, denominata: «Relazione sul governo societario e gli assetti proprietari», informazioni dettagliate riguardanti: a) la struttura del capitale sociale, compresi i titoli che non sono negoziati su un mercato regolamentato di uno Stato comunitario, con l'indicazione delle varie categorie di azioni e, per ogni categoria di azioni, i diritti e gli obblighi connessi, nonché la percentuale del capitale sociale che esse rappresentano; b) qualsiasi restrizione al trasferimento di titoli, quali ad esempio limiti al possesso di titoli o la necessità di ottenere il gradimento da parte della società o di altri possessori di titoli; c) le partecipazioni rilevanti nel capitale, dirette o indirette, ad esempio tramite strutture piramidali o di partecipazione incrociata, secondo quanto risulta dalle comunicazioni effettuate ai sensi dell'articolo 120; d) se noti, i possessori di ogni titolo che conferisce diritti speciali di controllo e una descrizione di questi diritti; e) il meccanismo di esercizio dei diritti di voto previsto in un eventuale sistema di partecipazione azionaria dei dipendenti, quando il diritto di voto non è esercitato direttamente da questi ultimi; f) qualsiasi restrizione al diritto di voto, ad esempio limitazioni dei diritti di voto ad una determinata percentuale o ad un certo numero di voti, termini imposti per l'esercizio del diritto di voto o sistemi in cui, con la cooperazione della società, i diritti finanziari connessi ai titoli sono separati dal possesso dei titoli; g) gli accordi che sono noti alla società ai sensi dell'articolo 122; h) gli accordi significativi dei quali la società o sue controllate siano parti e che acquistano efficacia, sono*

LOS PACTOS PARASOCIALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y EL DERECHO DE DAÑOS

modificati o si estinguono in caso di cambiamento di controllo della società, e i loro effetti, tranne quando sono di natura tale per cui la loro divulgazione arrecherebbe grave pregiudizio alla società; tale deroga non si applica quando la società ha l'obbligo specifico di divulgare tali informazioni sulla base di altre disposizioni di legge; i) gli accordi tra la società e gli amministratori, i componenti del consiglio di gestione o di sorveglianza, che prevedono indennità in caso di dimissioni o licenziamento senza giusta causa o se il loro rapporto di lavoro cessa a seguito di un'offerta pubblica di acquisto; l) le norme applicabili alla nomina e alla sostituzione degli amministratori e dei componenti del consiglio di gestione e di sorveglianza, nonché alla modifica dello statuto, se diverse da quelle legislative e regolamentari applicabili in via suppletiva; m) l'esistenza di deleghe per gli aumenti di capitale ai sensi dell'articolo 2443 del codice civile ovvero del potere in capo a gli amministratori o ai componenti del consiglio di gestione di emettere strumenti finanziari partecipativi nonché di autorizzazioni all'acquisto di azioni proprie. 2. Nella medesima sezione della relazione sulla gestione di cui al comma 1 sono riportate le informazioni riguardanti: a) l'adesione ad un codice di comportamento in materia di governo societario promosso da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria, motivando le ragioni dell'eventuale mancata adesione ad una o più disposizioni, nonché le pratiche di governo societario effettivamente applicate dalla società al di là degli obblighi previsti dalle norme legislative o regolamentari. La società indica altresì dove il codice di comportamento in materia governo societario al quale aderisce è accessibile al pubblico; b) le principali caratteristiche dei sistemi di gestione dei rischi e di controllo interno esistenti in relazione al processo di informativa finanziaria, anche consolidata, ove applicabile; c) i meccanismi di funzionamento dell'assemblea degli azionisti, i suoi principali poteri, i diritti degli azionisti e le modalità del loro esercizio, se diversi da quelli previsti dalle disposizioni legislative e regolamentari applicabili in via suppletiva; d) la composizione e il funzionamento degli organi di amministrazione e controllo e dei loro comitati; d-bis) una descrizione delle politiche in materia di diversità applicate in relazione alla composizione degli organi di amministrazione, gestione e controllo relativamente ad aspetti quali l'età, la composizione di genere e il percorso formativo e professionale, nonché una descrizione degli obiettivi, delle modalità di attuazione e dei risultati di tali politiche. Nel caso in cui nessuna politica sia applicata, la società motiva in maniera chiara e articolata le ragioni di tale scelta 836. 3. Le informazioni di cui ai commi 1 e 2 possono figurare in una relazione distinta dalla relazione sulla gestione, approvata dall'organo di amministrazione, e pubblicata congiuntamente a la relazione sulla gestione. In alternativa, la relazione sulla gestione può indicare la sezione del sito internet dell'emittente dove è pubblicato tale documento. 4. La società di revisione esprime il giudizio di cui all'articolo 14, comma 2, lettera e), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39, sulle informazioni di cui al comma 1, lettere c), d), f), l) e m), e al comma 2, lettera b), e verifica che siano state fornite le informazioni di cui al comma 2, lettere a), c), d) e d-bis), del presente articolo 837. 5. Le società che non emettono azioni ammesse alle negoziazioni in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione, possono omettere la pubblicazione delle informazioni di cui ai commi 1 e 2, salvo quelle di cui al comma 2, lettera b). 5-bis. Possono omettere la pubblicazione delle informazioni di cui al comma 2, lettera d-bis), le società che alla data di chiusura dell'esercizio di riferimento non superino almeno due dei seguenti parametri: a) totale dello stato patrimoniale: 20.000.000 di euro; b) totale dei ricavi netti delle vendite e delle prestazioni: 40.000.000 di euro; c) numero medio di dipendenti durante l'esercizio finanziario pari a duecento cinquanta 838. Art. 123-ter 839 (Relazione sulla politica in materia di remunerazione e sui compensi corrisposti) 8401. Almeno ventuno giorni prima della data dell'assemblea prevista dall'articolo 2364, secondo comma, o dell'assemblea prevista dall'articolo 2364-bis, secondo comma, del codice civile, le società con azioni quotate mettono a disposizione del pubblico una relazione sulla politica di remunerazione e sui compensi corrisposti, presso la sede sociale, sul proprio sito Internet e con le altre modalità stabilite dalla Consob con regolamento 841. 2. La relazione è articolata nelle due sezioni previste ai commi 3 e 4 ed è approvata dal Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 Testo Unico della Finanza 266 consiglio di amministrazione. Nelle società che adottano il sistema dualistico la relazione è approvata dal consiglio di sorveglianza, su proposta, limitatamente alla sezione prevista dal comma 4, lettera b), del consiglio di gestione 842. 3. La prima sezione della relazione illustra in modo chiaro e comprensibile 843: a) la politica della società in materia di remunerazione dei componenti degli organi di amministrazione, dei direttori generali e dei dirigenti con responsabilità strategiche con riferimento almeno all'esercizio successivo e, fermo restando quanto previsto dall'articolo 2402 del codice civile, dei componenti degli organi di controllo 844; b) le

procedure utilizzate per l'adozione e l'attuazione di tale politica. 3-bis. La politica di remunerazione contribuisce alla strategia aziendale, al perseguimento degli interessi a lungo termine e alla sostenibilità della società e illustra il modo in cui fornisce tale contributo. Fermo quanto previsto dal comma 3-ter, le società sottopongono al voto dei soci la politica di remunerazione di cui al comma 3 con la cadenza richiesta dalla durata della politica definita ai sensi del comma 3, lettera a), e comunque almeno ogni tre anni o in occasione di modifiche della politica medesima. Le società attribuiscono compensi solo in conformità con la politica di remunerazione da ultimo approvata dai soci. In presenza di circostanze eccezionali le società possono derogare temporaneamente alla politica di remunerazione, purché la stessa preveda le condizioni procedurali in base alle quali la deroga può essere applicata e specifichi gli elementi della politica a cui si può derogare. Per circostanze eccezionali si intendono solamente situazioni in cui la deroga alla politica di remunerazione è necessaria ai fini del perseguimento degli interessi a lungo termine e della sostenibilità della società nel suo complesso o per assicurarne la capacità di stare sul mercato 845. 3-ter. La deliberazione prevista dal comma 3-bis è vincolante. Qualora l'assemblea dei soci non approvi la politica di remunerazione sottoposta al voto ai sensi del comma 3-bis la società continua a corrispondere remunerazioni conformi alla più recente politica di remunerazione approvata dall'assemblea o, in mancanza, può continuare a corrispondere remunerazioni conformi alle prassi vigenti. La società sottopone al voto dei soci una nuova politica di remunerazione al più tardi in occasione della successiva assemblea prevista dall'articolo 2364, secondo comma, o dell'assemblea prevista dall'articolo 2364 bis secondo comma, del codice civile 846. 4. La seconda sezione della relazione, in modo chiaro e comprensibile e, nominativamente per i componenti degli organi di amministrazione e di controllo, i direttori generali e in forma aggregata, salvo quanto previsto dal regolamento emanato ai sensi del comma 8, per i dirigenti con responsabilità strategiche 847: a) fornisce un'adeguata rappresentazione di ciascuna delle voci che compongono la remunerazione, compresi i trattamenti previsti in caso di cessazione dalla carica o di risoluzione del rapporto di lavoro, evidenziando nella coerenza con la politica della società in materia di remunerazione relativa all'esercizio di riferimento 848; b) illustra analiticamente i compensi corrisposti nell'esercizio di riferimento a qualsiasi titolo e in qualsiasi forma dalla società e da società controllate o collegate, segnalando le eventuali componenti dei suddetti compensi che sono riferibili ad attività svolte in esercizi precedenti a quello di riferimento ed evidenziando, altresì, i compensi da corrispondere in uno o più esercizi successivi a fronte dell'attività svolta nell'esercizio di riferimento, eventualmente indicando un valore di stima per le componenti non oggettivamente quantificabili nell'esercizio di riferimento; b-bis) illustra come la società ha tenuto conto del voto espresso l'anno precedente sulla seconda sezione della relazione 849. 5. Alla relazione sono allegati i piani di compensi previsti dall'articolo 114-bis ovvero è indicata nella relazione la sezione del sito Internet della società dove tali documenti sono reperibili. 6. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 2389 e 2409-terdecies, primo comma, lettera a), del codice civile, e dall'articolo 114-bis, l'assemblea convocata ai sensi dell'articolo 2364, secondo comma, ovvero dell'articolo 2364-bis, secondo comma, del codice civile, delibera in senso favorevole o contrario sulla seconda sezione della relazione prevista dal comma 4. La deliberazione non è vincolante. L'esito della votazione è posto a disposizione del pubblico ai sensi dell'articolo 125-quater, comma 2850. 7. La Consob con regolamento, adottato sentite Banca d'Italia e Ivass per quanto concerne i soggetti rispettivamente vigilati e nel rispetto di quanto previsto dalla normativa europea di settore, indica le informazioni da includere nella prima sezione della relazione e le caratteristiche di tale politica in conformità con l'articolo 9-bis della direttiva 2007/36/CE e nel rispetto di quanto previsto dal paragrafo 3 della raccomandazione 2004/913/CE e dal paragrafo 5 della raccomandazione 2009/385/CE 851. 8. La Consob, con il regolamento adottato ai sensi del comma 7, indica altresì le informazioni da includere nella seconda sezione della relazione, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 9-ter della direttiva 2007/36/CE. La Consob può: a) individuare i dirigenti con responsabilità strategiche per i quali le informazioni sono fornite in forma nominativa; b) differenziare il livello di dettaglio delle informazioni in funzione della dimensione della società 852. 8-bis. Il soggetto incaricato di effettuare la revisione legale del bilancio verifica l'avvenuta predisposizione da parte degli amministratori della seconda sezione della relazione. Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 Testo Unico della Finanza 2688-ter. Rimangono ferme le disposizioni previste in materia di remunerazioni da normative di settore 854. Art. 124 (Casi di inapplicabilità) 1. La Consob può dichiarare inapplicabili gli articoli 120, 121, 122 e 123, comma 2, secondo periodo, alle società italiane con azioni quotate solo in mercati regolamentati di altri paesi dell'Unione Europea, in considerazione della normativa applicabile a tali società in forza della quotazione. Fonte: http://www.consob.it/documents/46180/46181/dlgs58_1998.pdf/e15d5dd6-7914-4e9f-959f-2f3b88400f88

En cuanto al primer aspecto se apunta a que todos los que no otorgaron el negocio, (otros accionistas, “la propia sociedad”, acreedores, etc.) lo conozcan. Así se garantiza la transparencia en la información. En este sentido, el detalle en cuanto a los supuestos de hecho que deben informarse se ha ampliado.

Los comportamientos para concretar dicha publicidad son tres: dentro de los cinco días desde la celebración, el pacto debe ser comunicado a la CONSOB, aportando todo el texto; dentro de los diez días debe publicarse un extracto; y dentro de los quince días debe ser presentado el texto íntegro en un registro público, “*registro delle imprese*”, y comunicado a la sociedad.¹¹⁹ El art. 122, tercero, del T.U.F. establece: “*In caso di inosservanza degli obblighi previsti dal comma 1 i Patti sono nulli*”. Estas obligaciones constituyen, a mi juicio, un requisito legal de eficacia de los pactos. Decimos que se trata de un requisito legal de eficacia, pues no se refiere a un aspecto estructural del negocio, reuniendo los presupuestos y elementos el negocio será existente y válido pero no desplegará efectos, aunque el texto del artículo indica que será nulo, lo que presenta un problema a nivel de teoría general del contrato, pues un contrato válido pasaría a ser nulo por el incumplimiento de una obligación que es posterior a la validez del pacto, su inscripción. El incumplimiento de la obligación de difundir el contenido encarta en el supuesto de hecho para la aplicación de una norma primaria, es sancionado con la suspensión del derecho de voto y es el hecho generador de una sanción pecuniaria. En cuanto al plazo, el art. 123 T.U.F. establece que no puede ser superior a tres años, si se prevé un plazo mayor, opera el límite legal cesando, al vencer este, la eficacia del negocio. Si el plazo es indeterminado se impone al otorgante un preaviso de seis meses como plazo mínimo para desvincularse.

Para las sociedades anónimas, sean estas cerradas o abiertas pero que no cotizan en mercados regulados, en el Decreto-Ley del 17 de enero de 2003, “*Legge Vietti*”, se regularon, insertándose el art. 2341 bis y tercero en el *Codice*.¹²⁰ Éste refiere

¹¹⁹SANTONI, V. I., “Patti parasociali nella nuova disciplina delle società quotate”, en *Riv. Dir. Priv.*, 1999, p. 202.

¹²⁰ Art. 2341 bis, *Patti parasociali* I patti, in qualunque forma stipulati, che al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società: a) hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano; b) pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano; c) hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società, non possono avere durata superiore a cinque anni e si intendono stipulati per questa durata anche se le parti hanno previsto un termine maggiore; i

a los pactos que tienen por objeto, en cualquier forma, estabilizar la titularidad de las acciones o el gobierno de la sociedad y luego en tres literales los enuncia refiriendo al ejercicio del derecho del voto, pero acotado a las sociedades por acciones o a las controladas por estas, o pongan límites a la transferencia de las acciones o de las partes sociales en las que aquellas controlan y finalmente regulen o su celebración tenga como consecuencia el ejercicio de una influencia dominante sobre tales sociedades. Luego de configurados los negocios a que refiere, regula solo el plazo máximo de duración, estableciendo que si se pretende superar el de cinco años, aunque prevé la posibilidad de que se renueve dicho plazo. Parece recibir al negocio que hemos caracterizado como convenio de sindicación para el voto, aunque un pacto parasocial de bloqueo queda incluido, y a otros tipos de acuerdo que tiendan a incidir en el gobierno social, lo que amplía el elenco de posibles pactos parasociales alcanzados. En el inciso final se excluyen otros negocios asociativos no societarios entre empresas para la producción o comercialización *joint venture*. Si el negocio no tiene plazo, se fija el preaviso para desvincularse en ciento ochenta días. También se regula la publicidad, pero solo para el caso de las sociedades que recurren a financiamiento en el mercado de capital; en ese caso exclusivamente, los pactos parasociales que encarten dentro de las categorías del artículo anterior deben ser comunicados a la sociedad, y su existencia debe ser enunciada en la apertura de cada asamblea. Se prevé la transcripción y esto luego se inscribe en el registro de comercio “*delle imprese*”. La falta de declaración ante la asamblea, forma en la que podría enterarse de modo efectivo de la existencia de un pacto parasocial, por ejemplo, un adquirente de acciones ajeno a la gestión social, comporta como consecuencia una causal para solicitar la nulidad de la asamblea.

De esta forma, en el Derecho italiano, el eje central de la regulación se ciñe a la publicidad del pacto con función de información, no de oponibilidad, y transita por diversos grados en cuanto al nivel de exposición que debe tener en las sociedades

patti sono rinnovabili alla scadenza. Qual ora il patto non preveda un termine di durata, ciascun contraente ha diritto di recedere con un preavviso di centottanta giorni. Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai patti strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione o nello scambio di beni o servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo. Art. 2341-ter (Pubblicità dei patti parasociali)) Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio i patti parasociali devono essere comunicati alla società e dichiarati in apertura di ogni assemblea. La dichiarazione deve essere trascritta nel verbale e questo deve essere depositato presso l'ufficio del registro delle imprese. In caso dimancanza della dichiarazione prevista dal comma precedente i possessori delle azioni cui si riferisce il patto parasociale non possono esercitare il diritto di voto e le deliberazioni assembleari adottate con il loro voto determinante sono impugnabili a norma dell'articolo 2377.

personales. En las de responsabilidad limitada, y en las anónimas cerradas no se prevé la necesidad de brindar información pública acerca de este tipo de negocios. Para las sociedades que recurren al mercado de capitales se exige cierta publicidad, dirigida básicamente a los accionistas inversores; en cambio, para las sociedades anónimas que cotizan en mercados regulados “società quotate” se prevé una obligación intensa de información y una consecuencia asaz severa para el incumplimiento, que deja sin generar efectos al negocio y constituye un supuesto de hecho para la aplicación de una sanción.¹²¹

Con el ordenamiento a la vista se aprecia que la clásica mención a la conexión unívoca para el pacto parasocial se desdibuja cuando la falta de inscripción del pacto en el ámbito de las sociedades cotizadas, según art. 122 T.U.F., y la no publicidad e información de la existencia del pacto en cada asamblea tienen como consecuencia desfavorable para el incumplidor la imposibilidad de voto en la asamblea. Se mantiene enhiesta en el sistema italiano, la inoponibilidad del pacto a la sociedad, con las moderaciones propias de la práctica negocial, donde se coloca muchas veces a la sociedad como pactante, lo que será analizado más adelante, por ejemplo, confiriéndole la posibilidad de regular las transferencias de acciones representativas del capital social, o como beneficiaria en estipulaciones para otro, u obligándola a ejecutar todo lo necesario para la realización de las obligaciones de los pactantes.¹²²

2.2.5 El Derecho francés

En Francia, el negocio estuvo legislado por el art. 10 de la Ley de 1937 para excluirlo en lo referido a los convenios sobre el voto. El 24/7/1966 se dictó una extensa ley reguladora de las sociedades mercantiles, que en su art. 505 derogó la disposición que impedía celebrar convenios de sindicación para el voto, dando marco así al debate doctrinario en torno a su admisibilidad. En su art. 440, la referida ley

¹²¹MANFEROCE, T., “Commento all'art. 2341 bis Codice Civile”, en *La riforma del diritto societario. La società per azioni. Costituzione. Patti parasociali. Conferimenti*. Milano, 2003, p. 130.

¹²²PORTALE, G., “Patti parasociali con ‘efficacia corporativa’ nelle società di capitali”, *Riv. delle Società*, vol. 1, 2015, 1 s.

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.¹²³

La Corte de Casación francesa ha sentenciado, sosteniendo la validez de dichos pactos celebrados entre accionistas, en el marco de la consagración del principio de autonomía privada, que “*lors qu’elles ne sont pas contraires à une règle d’ordre public, à une stipulation impérative des statuts ou à l’intérêt social*”.

Se percibe la influencia de la reglamentación imperativa del Derecho de sociedades en los tres aspectos que analiza la Corte para la validez. El primero es que no contraría el orden público, incluye evidentemente el societario. El segundo, que sea contraria a una estipulación imperativa de los estatutos una nueva referencia al orden público societario, de modo que no solo debe ceñirse a las normas legales imperativas, sino no contradecir el estatuto social, con el que se encuentra en relación de accesorio principal. El último, no contrariar el interés social, reenvía entonces a uno de los conceptos más cargados de vaguedad semántica y polémicos del Derecho de sociedades. Estas “*conditions générales de validité*” dan cuenta de la dependencia del pacto parasocial respecto de la sociedad.¹²⁴ La doctrina francesa destaca que estos negocios constituyen el ámbito propicio para el enfrentamiento más virulento entre la libertad contractual y el orden público societario.¹²⁵

Reconocida la eficacia dentro de esos límites, excluido contemporáneamente en Francia el debate general en torno a la validez, la jurisprudencia de aquel país ha tenido oportunidad de expedirse sobre la transmisión a los sucesores a título universal de los otorgantes (v. g., fusión por creación, escisión, disolución por fusión, o en las personas físicas, sucesión por causa de muerte), salvo que se tratara de obligaciones *intuitu personae*.¹²⁶

En el Derecho francés no existe regulación que permita tornar al pacto oponible a la sociedad u otros terceros (v. g., adquirentes de acciones).

¹²³MADARIAGA, J. R., *La sindicación de acciones*, op. cit., p. 81.

¹²⁴ Casación Comercial del 13 de febrero de 1996, *Rev. sociétés*, 1996, p. 781, nota de Daigre J.-J. y la misma cámara en sentencia del 7 de enero de 2004. CONSTANTIN, A., “L’intérêt social: quel intérêt?”, en *Etudes offertes à B. Mercadal*, F. Lefèbvre, 2002, p. 317; apud LEROY, C., “Le Pacte D’Actionnaires dans l’Environnement Sociétaire”, *Tesis para el Doctorado*, Université de Paris - Est Créteil Val de Marne (Paris XII), defendida el 14 de junio de 2010, pp. 14-19.

¹²⁵GUYON, Y., *Traité des contrats - Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5è éd., 2002, n° 200; apud LEROY, C., “Le Pacte D’Actionnaires...”, op. cit., p. 13.

¹²⁶ Sentencia de la Corte de Casación 1era sala, del 24 de febrero de 1987, *Revue Trimestrielle de Droit Divil*, 1987, p. 739.

Tampoco hay previstos mecanismos de publicidad alguna, salvo en el caso de las sociedades que cotizan en mercados cotizados donde existen normas en materia de transparencia similares a las italianas. En cuanto al elemento plazo, no existe limitación específica en la legislación francesa, ni en cuanto al plazo máximo, en los casos en que no se ha pactado plazo se ha discutido en la dogmática y con variada jurisprudencia de aquel país, si existe la posibilidad de desvincularse con un preaviso razonable actuando “*de bonne foi*” o si la conexidad hace que deba entenderse que coincide con el plazo de la sociedad.¹²⁷ La reforma del Código Civil francés, del 10 de febrero de 2016, no ha variado el marco normativo específico para estos pactos en Francia, pero ha incidido en esta materia, por cuanto si no se fija un plazo, el pacto se considera un contrato con plazo indeterminado, lo que posibilita la desvinculación a tenor de lo dispuesto en el art. 1211;¹²⁸ también la consagración del cese de la eficacia de los contratos en caso de que desaparezca uno de los elementos determinantes de la contratación, en supuestos de conexidad contractual, a tenor del artículo 1186.¹²⁹ Finalmente, un contenido usual en los pactos parasociales, que establece la regulación para la adquisición preferente de acciones, pasa a estar regulado luego de la reforma del Code por lo edictado en el art. 1123, que tipifica el pacto de preferencia como aquel por el que una parte se obliga a ofrecer a su beneficiario prioridad para tratar con él en caso de que decida contratar. Dicho artículo, en caso de incumplimiento, además de reclamar los daños permite reclamar la ejecución forzada de la obligación, en caso de mala fe del tercero adquirente.¹³⁰

¹²⁷ LEROY, C., “Le Pacte D’Actionnaires...”, *op. cit.*, pp. 59-60. En este sentido, Cas. Com., 6 nov. 2007, n° 07-10.620 y 07-10.785.

¹²⁸ Art. 1211- “*Lors que le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable*”.

¹²⁹ Art. 1186- “*Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. Lors que l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'und'euxdisparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. La caducité n'intervient toute fois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lors qu'il a donné son consentement*”.

¹³⁰ Art. 1123- “*Le pacte de préférence est le contrat par lequel une parties 'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas oùelle déciderait de contracter. Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lors que le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du*

2.2.6. El Derecho alemán

La LS alemana de 1965 establece hipótesis que comportan la nulidad del negocio. El §136.2 dispone la nulidad del contrato por el que un accionista se obliga a votar en la asamblea siguiendo las instrucciones de los órganos de dirección de la sociedad, o de una sociedad controlada, o si asume la obligación de votar según indique la administración o el consejo de vigilancia. Esta regulación edictando la nulidad ambienta que se sostenga que esta regulación comporta la validez con carácter general de los pactos parasociales. El §405.3 de la *Aktiengesetz*, apartados 6º y 7º, respectivamente, dispone que un miembro del órgano de administración, del consejo de vigilancia o del órgano de liquidación serán pasibles de una sanción administrativa a los accionistas o a los representantes que, otorgando o prometiendo ventajas especiales, utilicen acciones de otros para ejercer los derechos en la junta general o en la junta especial.¹³¹

De la interpretación de estos preceptos se desprende la posibilidad de celebrar este tipo de pactos, siempre que no se transgreda la ley, los estatutos, las buenas costumbres o el deber de fidelidad de los accionistas, sin que se vincule su eficacia o licitud a la observancia de deberes de información o publicidad, aunque con la Ley para el control y la transparencia en el ámbito empresarial, referida especialmente a las sociedades cotizadas (*KonTraGe*), se establece que las comunicaciones que se realicen con anterioridad a la celebración de la junta general, además de la información relativa al orden del día, y las eventuales peticiones o propuestas, deben contener la referencia sobre la posibilidad del ejercicio del derecho al voto por apoderado, o a través de una agrupación de accionistas.¹³² Este país, al igual que otros países europeos, discutió sobre la validez de los pactos con carácter general, luego admitió su validez. Mientras, en los países angloamericanos o en Brasil ya era admitido, incluso en este último país

bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat".

¹³¹ EMBID IRUJO, J. M., *Ley Alemana de Sociedades Anónimas de 6 de septiembre de 1965* (BGBI, I, p. 1089), en la redacción dada por art. 1 de la Ley de 31 de julio de 2009 (BGBI, I, p. 2509), Ed. Marcial Pons, 2010, pp. 101 y 200, respectivamente.

¹³² HENAO, L., "Los pactos parasociales", *Revista de Derecho Privado*, N° 25, julio-diciembre 2013, Universidad del Externado, Colombia, pp. 188-189, y SPINDER, G., "Comentario al § 136 AktG", en AA.VV., SCHMIDT, K. y M. LUTTER (dirs.), *Aktiengesetz Kommentar*, t. I, Otto Schmidt, Köln, 2008, p. 1604; *apud* MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., p. 51.

ya eran oponibles en el caso de las sociedades anónimas a la sociedad, si se cumplía con lo dispuesto en el art. 118 de su ley de sociedades anónimas.

Cuando un accionista votaba en sentido contrario a lo pactado o resuelto por su sindicato, no se admitía en Alemania la impugnación de la resolución asamblearia con base en dicho incumplimiento.¹³³ En la actualidad, gran parte de la doctrina sigue sosteniendo que una resolución asamblearia o acuerdo social no resulta pasible de impugnación por esa causa.¹³⁴

A nivel jurisprudencial, la sentencia del BGH de 20 de enero de 1983 marcó un hito y en idéntico sentido la sentencia de 27 de octubre de 1986, que admitió la impugnación para el caso de convenio omnilateral –todos los accionistas–.¹³⁵ En similar sentido, pero para los socios de una SRL, el BGH, en sentencia del 15 de marzo de 2010, en un supuesto en que el pacto de todos los socios consagraba la devolución, en caso de salida de un socio, del importe de sus partes sociales y no una cuantía superior a ellas, independientemente de los incrementos patrimoniales que sufriera, terminaba aplicando a la SRL en mérito al pacto parasocial el régimen vigente casi universalmente para las cooperativas. Ante la demanda del socio reclamando se devolviera su importe conforme surgía del contrato social se expidió el tribunal. El caso sin embargo involucra otros aspectos relevantes a nivel de teoría general, la estipulación para otro, v. g., la sociedad, o un negocio abdicativo, en favor de esta.¹³⁶

A nivel dogmático, luego de las resoluciones del BGH, un gran sector de la doctrina teutona ensayó justificación dogmática a la solución de impacto del acuerdo parasocial en las resoluciones de la asamblea de socios o accionistas, por distintos fundamentos, básicamente, según releva Martínez Rosado, el principio de economía

¹³³HOFFMANN-BECKING, V. M., “Der Einfluss schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen auf Rechtsbeziehungen in der Kapitalgesellschaft”, en ZGR, N° 3/1994, pp. 446 a 450; *apud*MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., p. 175.

¹³⁴WINTER, M., “Organisationsrechtliche Sanktionen bei Verletzung schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen?”, en ZHR, N° 154 (1990), p. 268 y ss.; *apud*MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit.

¹³⁵ Publicadas respectivamente en NJW 1983, pp. 1910 y 1911 y en NJW 1987, pp. 1890 a 1892; *apud*MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., p. 176.

¹³⁶NOACK, U., “Der allseitige Gesellschafterbeschlusses “Schuldrechtlicher Abrede” und dessen korporationsrechtliche Folgen” en NZG N° 26/2010, p. 1017; *apud*MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit.

procesal, en el abuso del Derecho, en que no existe lesión a los intereses (protección) del tráfico y en la infracción del deber de buena fe.

Respecto a la economía procesal, el argumento se basa en que de no admitirse la impugnación, se llegará al mismo resultado si se solicitara a una nueva asamblea, para dejar sin efectos la resolución anterior y se sometiera a votación nuevamente lo resuelto, y en argumento no demasiado fuerte, a mi juicio, que “si no fuera posible la impugnación el pacto parasocial quedaría privado de significado”, asimismo en que “toda persona autorizada a votar en la junta general debe estarlo tanto desde el punto de vista formal como material (o de fondo) y en este caso faltaría dicha autorización ‘material’ (esto es, que el incumplimiento del pacto parasocial supondría una ‘deslegitimación’ del ejercicio del derecho de voto para quien lo incumple”.¹³⁷

En contra se ha sostenido que el asunto se resume a daños y perjuicios, como en caso que el apoderado no cumpla el mandato del poderdante, sin que esto inficione el voto.¹³⁸

Se ha relacionado también la situación con el abuso de Derecho, en línea con lo resuelto por el BGH, en tanto se indica que “la sociedad no puede considerarse un tercero en las relaciones jurídicas que se hayan formalizado entre todos los accionistas”.¹³⁹

Contrariamente, en la doctrina suiza de habla alemana, vinculada estrechamente a la germánica, se ha sostenido que el incumplimiento de votar en el sentido definido por el sindicato constituye un abuso del derecho, pero la impugnabilidad del acuerdo social en caso de contravención de un pacto parasocial omnilateral puede conducir a situaciones que no reflejan una solución coherente, así el acuerdo no sería impugnable si está suscrito por todos los socios menos uno, con lo que basta con transmitir una única acción para evitar la impugnabilidad, o porque habiéndose pactado algo ajeno a lo que surge del contrato social de postularse esta solución, se permitiría la impugnación a despecho de lo establecido en el contrato

¹³⁷BAUMAN, H. y REISS, W., “Satzung ergänzende Vereinbarungen – Nebenverträge im Gesellschaftsrecht. Einer echt statsächliche und rechtsdogmatische Untersuchung”, ZGR, N° 18/1989, p. 213; HOFFMAN-BECKING, M., “Der Einfluss Schauldrechtlicher...”, *op. cit.*, p. 458; NOACK, U., “Gesellschaftervereinbarugen...”, *op. cit.*, p. 163 y ss.; *apud*MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, pp. 176-177.

¹³⁸HINTZ-BÜHLER, M., “Aktionärbindungsverträge..”, *op. cit.*, p. 67; *apud*MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*

¹³⁹NOACK, U., “Gesellschaftervereinbarugen...”, *op. cit.*, pp. 164 y 168; *apud*MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*

social, siendo que lo impugnado es un acto de un órgano de la sociedad entre otros argumentos.¹⁴⁰

Se argumenta, asimismo, que no existe lesión a la protección del tráfico jurídico, diríamos nosotros a la buena fe subjetiva, porque no hay ningún socio al que le sea ignoto el pacto, y la impugnación, consecuentemente, no afectará a quienes no lo han consentido, pues todos lo han hecho en un pacto omnilateral. De allí en Alemania se avanza hacia la existencia de obligaciones fiduciarias entre los accionistas, de manera que cuando todos ellos son parte del pacto parasocial: la sociedad deja de ser un tercero, porque las reglas que incumben a las personas actuantes tienen diversas fuentes, entre otras las del pacto parasocial.¹⁴¹

De allí se avanza en dirección a la buena fe objetiva, a tenor de la cláusula general contenida en el §242 BGH y §243.1 AktG, sosteniéndose que el incumplimiento de un pacto parasocial es un incumplimiento de los deberes fiduciarios decurrentes de la buena fe objetiva respecto a los demás otorgantes del pacto omnilateral, que se asocia con las expectativas de comportamiento que tienen todos los socios, a la sazón otorgantes del pacto. El problema para esta tesis, que asume en cierta medida el pacto parasocial como mecanismo de interpretación del estatuto, es que se encuentra con un obstáculo importante cuando el contenido del pacto parasocial resultaría inadmisibles de insertarse en el estatuto social.¹⁴²

Otro sector de la doctrina alemana ha criticado la jurisprudencia del BGH, indicando que de admitirse esto se burla la publicidad registral y su finalidad y que las causas de impugnación de las resoluciones sociales se encuentran estipuladas en el § 243 de la AktG, que resulta aplicable por analogía a las sociedades de responsabilidad

¹⁴⁰HINTZ-BÜHLER, “Aktionärbindungsverträge...”, *op. cit.*, pp. 67 a 71; *apud*MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*

¹⁴¹BÜSEMAKER, A., “Stimmbindungsverträge...”, *op. cit.*, p. 93; NOACK, U., “Gesellschaftervereinbarungen...”, *op. cit.*, p. 164; *apud*MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 177.

¹⁴²ÜLMER, P., “Verletzung Schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund im GmbH-Recht?”, en *NJW*, 31/1987, pp. 1849-1852; *apud*MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*

limitada, al no haber en el caso infracción legal o estatutaria, no podría prosperar la impugnación como se indica por esta doctrina.¹⁴³

2.2.7. El Derecho portugués

En el ordenamiento portugués, el Código de las Sociedades Comerciales, aprobado por el Decreto-Ley 262/1986, menciona en su art. 17 los pactos parasociales, indicando la posibilidad de celebrarlos dentro de los límites de la autonomía privada aunque con limitaciones en cuanto al alcance de lo que puede acordarse para el voto en materia de objeto, estableciendo la ilicitud del contenido que indique que se deberá votar siguiendo siempre las instrucciones de los órganos sociales, o aprobando las propuestas realizadas por estos, o recibiendo contraprestación, ventaja o provecho, que sindicó al legislador como “*vantagens especiais*” por votar en cierto sentido.

Excluye la posibilidad de que en su objeto refiera al ejercicio de funciones de administración o fiscalización y acota la incidencia de su celebración en la vida social, excluyendo la posibilidad de impugnar resoluciones sociales sobre la base de que se contravinieron dichos pactos; de esta forma inhumana la posibilidad de celebrar pactos que incumban al ejercicio de funciones en el órgano de administración o en la sindicatura o comisión fiscal.¹⁴⁴

2.2.8. El Derecho chileno

En Chile, como señala Alcalde Rodríguez, la discusión en cuanto a su admisibilidad con carácter general parecería superada, se trata de un negocio con tipicidad social, pero sin tipicidad de configuración o regulación a nivel de Derecho

¹⁴³ Respectivamente, WINTER, M., “Organisationsrechtliche Sanktionen...”, *op. cit.*, pp. 269 a 277, 283, y ULMER, P., “Verletzung Schuldrechtlicher...”, *op. cit.*, pp. 1849 a 1854; *apud* MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 177.

¹⁴⁴ 1 - Os acordos parassociais celebrados entre todos ou entre alguns sócios pelos quais estes, nessa qualidade, se obriguem a uma conduta não proibida por lei têm efeitos entre os intervenientes, mas com base neles não podem ser impugnados atos da sociedade ou dos sócios para com a sociedade. 2 - Os acordos referidos no número anterior podem respeitar ao exercício do direito de voto, mas não à conduta de intervenientes ou de outras pessoas no exercício de funções de administração ou de fiscalização. 3 - São nulos os acordos pelos quais um sócio se obriga a votar:

a) Seguindo sempre as instruções da sociedade ou de um dos seus órgãos;
b) Aprovando sempre as propostas feitas por estes;
c) Exercendo o direito de voto ou abstendo-se de o exercer em contrapartida de vantagens especiais.

positivo.¹⁴⁵ A diferencia de lo que ocurre en la Argentina luego del dictado del CCN en 2015, no hay regulación general en Chile de los contratos plurilaterales asociativos en ese país, sigue vigente el Código decimonónico de Andrés Bello. Sin embargo el art. 14 de la Ley de sociedades anónimas chilena 18046 establece para el contenido de bloqueo que: *“Los estatutos de las sociedades anónimas abiertas no podrán incluir limitaciones a la libre disposición de las acciones. Y luego edicta que: “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 hiciere, tales pactos serán inoponibles a terceros. Tales pactos no afectarán la obligación de la sociedad de inscribir sin más trámites los traspasos que se le presenten, de conformidad a lo establecido en el artículo 12”*. Ello abre el debate en torno cuáles son los alcances de la oponibilidad, en caso de depósito en la compañía y su referencia en el registro de accionistas .¹⁴⁶

2.2.9. Derecho brasileño

En el Derecho brasileño, que será objeto de estudio específico en el Capítulo séptimo, antes de la entrada en vigencia de ley de sociedades que los reguló en 1976, ya se pactaban allí los denominados *“acordos de accionistas”*. La ley brasileña estableció en su acápite que los acuerdos de accionistas sobre compra y venta de sus acciones, preferencia para adquirirlas y el ejercicio del derecho de voto deberían ser observados por la sociedad una vez archivados en su sede. Estableció, además, en cinco numerales, que las obligaciones o cargas decurrentes de dichos convenios solamente serán oponibles a terceros, luego de inscriptos en los libros de registro y en los certificados de las acciones emitidos y que las acciones alcanzadas por el acuerdo no podrán ser negociadas en bolsa ni en el mercado de valores. Edictó que estos convenios no podrán

¹⁴⁵ ALCALDE RODRÍGUEZ, E., “Los convenios sobre el voto y las limitaciones a la transferencia de acciones en la sociedad anónima: otra vuelta de tuerca a la autonomía privada”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, N° 1, 2003, pp. 116-120.

¹⁴⁶ Para una idea general del Derecho societario chileno puede consultarse VÁZQUEZ PALMA, Ma. F., *Sociedades-comerciantes, empresas, grupos de empresas, joint venture, y otros sujetos del derecho comercial-*, 3° ed., actualizada con jurisprudencia, Thompson Reuters, Santiago de Chile, 2019.

ser invocados para eximir al accionista de responsabilidad en el ejercicio del derecho de voto o poder de control y que en las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas podrán promover la ejecución específica de las obligaciones asumidas. Finalmente indicó que los órganos de administración en las sociedades anónimas abiertas informarán en la memoria anual a la asamblea general respecto a la política de reinversión de las ganancias y distribución de los dividendos que surjan de los convenios archivados en la sede social.

La Ley 10303, dictada en el año 2001, modificó el acápite de ese artículo y agregó, además, seis numerales, culminando así algunos debates doctrinarios que acaecieron durante la vigencia del anterior texto.

Con la modificación del acápite, a las materias expresamente previstas como objeto del convenio se agrega lo referido al poder de control (mando).

Entre los numerales agregados se prevé la posibilidad de que se someta la persistencia de los efectos del convenio a eventos futuros ciertos o inciertos, en cuanto a su acaecimiento, y que el convenio en el que se hubiera pactado plazo o condición resolutoria, solo admite la desvinculación de los componentes personales del pacto en los términos que surjan de estos. En el numeral 8 se indica que el presidente de la asamblea o de otro órgano colegiado (se refiere al de órgano de administración) no computará el voto proferido en infracción del convenio debidamente registrado ante la sociedad. Esta disposición se ingresa al Derecho positivo brasileño, en un contexto de doctrina y jurisprudencia, reticentes a admitir que los integrantes del directorio debieran seguir a la hora de votar en dicho cuerpo, estrictamente, la voluntad de los accionistas responsables de su designación, establecida en el acuerdo registrado ante la sociedad.

En otro numeral se recoge una auténtica fungibilidad de la voluntad fuera de los estrados, en cuanto se secunda la posibilidad de obtener el cumplimiento del acuerdo sin intervención de juez o árbitro, previéndose, lisa y llanamente, para los casos de un sindicado que no comparezca a la asamblea de accionistas, o se abstenga cuando debía votar, o a similar comportamiento de quien fue designado miembro del directorio en el marco de lo explicitado en dicho acuerdo, el otorgamiento a otro sindicado de la posibilidad jurídica de actuar por el ausente u omiso, tanto en la asamblea como en el directorio.

Esta posibilidad se prevé solo para el caso de ausencia o abstención, no para la hipótesis de voto en sentido diverso al debido por el sindicado o el director que responde al sindicato.

Finalmente se establece que los sindicatos deban designar representante y constituir domicilio a efectos de las comunicaciones y la posibilidad de la sociedad de solicitar a los sindicatos que aclaren los alcances de las cláusulas del acuerdo. Sobre las soluciones en el Derecho positivo brasileño debe acentuarse la mirada respecto a los mecanismos que la reforma de 2001 ingresó, en lo referido a los medios de tutela reservados a las partes para el caso de incumplimiento.

2.2.10. El Derecho uruguayo

En el Derecho uruguayo, respecto a las sociedades anónimas existe un tipo contractual que recibe explícita acogida y somera regulación desde el art. 331 de la ley LS uruguaya.¹⁴⁷ Enfatiza en la posibilidad de otorgar este tipo de negocios, pero “entre accionistas”, afirmando que serán legítimos, y luego de mencionar las materias clásicas compra y venta de sus acciones, ejercicio de los derechos de preferencia y de voto, alude a cualquier otro objeto lícito, lo que lleva el límite a los que tengan la autonomía privada. En materia de exigibilidad no seguida de cumplimiento expresa que los accionistas contratantes podrán ejercer todos sus derechos y acciones “para el cumplimiento”, y agrega, “frente a quienes resulten comprometidos para la debida ejecución del convenio”, lo que ambienta el análisis del convenio para el órgano de

¹⁴⁷ “Art 331 (convenios de sindicación de accionistas) Serán legítimos los convenios de accionistas sobre compra y venta de sus acciones, ejercicio de los derechos de preferencia y de voto o cualquier otro objeto lícito.

”Los accionistas contratantes podrán ejercer todos sus derechos y acciones legales para el cumplimiento debido de las obligaciones asumidas frente a quienes resulten comprometidos para la debida ejecución del convenio.

”Estos convenios no tendrán efecto frente a terceros excepto cuando

Se entregue a la sociedad un ejemplar con las firmas certificadas notarialmente.

Se incorpore un ejemplar al legajo de la sociedad (el legajo ha sido suprimido artículo 100 de la ley 16871).

Se anote en los títulos accionarios o se haga constar en el Libro de Registro de Acciones Escriturales. Cumplidos estos requisitos, las acciones respectivas no podrán ser negociadas en Bolsa.

”Tratándose de sociedades abiertas, el órgano de administración informará a cada asamblea ordinaria sobre la política de capitalización de ganancias y distribución de dividendos que resulte de los convenios depositados en la sociedad. En ningún caso los convenios de sindicación de acciones podrán ser invocados para eximir a los accionistas de sus responsabilidades en el ejercicio del derecho de voto.

”Los convenios de sindicación de acciones tendrán una vigencia máxima de quince años, sin perjuicio de que las partes acuerden la prórroga tácita y automática de su plazo”.

administración. Finalmente prevé la oponibilidad a terceros, para lo que requiere acumulativamente la entrega a la sociedad de un ejemplar con las firmas certificadas notarialmente y la anotación en los títulos accionarios o que se haga constar en el Libro de Registro de Acciones Escriturales. Cumplidos estos requisitos, las acciones respectivas no podrán ser negociadas en bolsa. Agrega para las sociedades cotizadas que denominan abiertas que el órgano de administración informará a cada asamblea ordinaria sobre la política de capitalización de ganancias y distribución de dividendos que resulte de los convenios depositados en la sociedad y que en ningún caso los convenios de sindicación de acciones podrán ser invocados para eximir a los accionistas de sus responsabilidades en el ejercicio del derecho de voto. Limita el plazo en uno extenso, pretendiendo dar estabilidad a la marcha de los negocios sociales en caso de sindicato de control en quince años, y habilita expresamente que se pacten prórrogas automáticas.

En setiembre de 2019 se dictó en este país, la Ley 19820, destinada a facilitar la formación de nuevas empresas y la cultura “emprendedora”; creó el tipo social sociedad por acciones simplificada, que tiene como característica la limitación total de responsabilidad al aporte suscrito aun en situación de obligaciones tributarias y de Derecho del trabajo. En esta se prevé la posibilidad de establecer en el estatuto la limitación a la circulación de las acciones y en el art. 28 se regula nuevamente este tipo comercial y para los que versen sobre cualquier objeto lícito se prevé la oponibilidad a la sociedad y que “deberán ser acatados” por ella “cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración social”, manteniendo el plazo máximo de quince años, prorrogable automáticamente si así se prevé. En ese caso, en relación con lo que surge del convenio y las resoluciones del sindicato de accionistas que fueran “debidamente depositados en la sociedad”, el presidente de la asamblea de accionistas o del órgano colegiado de administración de la sociedad estará obligado a no computar el voto emitido en contravención a dicho convenio. En caso de abstención o de ausencia del accionista, el presidente de la asamblea de accionistas votará en representación del accionista omiso o ausente, en el sentido del convenio de sindicación de acciones y de la resolución debidamente depositada. Se aprecia sin dificultad el acercamiento a la solución del Derecho brasileño, pero con un contenido más amplio en tanto lo resuelto puede referir a cualquier objeto lícito. Esto será analizado al tratar ambos sistemas jurídicos (Capítulo séptimo).

2.2.11. Derecho colombiano

En Colombia, el art. 70 de la Ley 222/1995 previó la celebración del convenio de sindicación de acciones para el voto. Sobre el particular se ha expedido, mediante consulta, el órgano estatal de contralor de aquel país, señalando: *“los requisitos y limitaciones para la celebración del acuerdo que nos ocupa, a saber: a) En el artículo 70 de la ley 222, solo se consagra el denominado sindicato de voto, sin que ello sea impedimento alguno para que en ejercicio de la voluntad privada, se proceda a conformar otra clase de sindicatos. [...] Dentro del acuerdo de accionistas es perfectamente viable convenirse que uno o más de los accionistas que forman parte del acuerdo o un tercero represente a todos en una o más de las reuniones que celebre el máximo órgano social de la compañía. El acuerdo entre accionistas debe constar por escrito y entregarse necesariamente al representante legal de la sociedad para su correspondiente deposito”*.¹⁴⁸

La Ley 1258/2008, sobre sociedades por acciones simplificadas, se acerca a la regulación brasileña y uruguaya en la materia, tomando insumos de ambas, en cuanto a la posibilidad de inscripción y oponibilidad a la sociedad, pero solo para este tipo social; al igual que la ley uruguaya de 1989, a la que parece referir, admite la oponibilidad para “cualquier otro asunto lícito”, además de los clásicos de voto y bloqueo. Agrega la legislación colombiana, a diferencia de sus antecedentes, que una vez presentado el acuerdo a la sociedad, esta podrá solicitar por escrito aclaraciones sobre cualquiera de sus cláusulas, en cuyo caso la respuesta deberá facilitarse, también por escrito, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la solicitud; asimismo, que mediante el trámite del proceso verbal sumario, los accionistas podrán impetrar la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.

2.2.12. Derecho mexicano

¹⁴⁸ Resolución 220-17650 del 18 de abril de 2002.

En México, hasta fines del siglo pasado, según expresa Santamaría, los tratadistas mexicanos, salvo escasas menciones aisladas, no se habían ocupado del asunto, o han negado la licitud a la posibilidad de constitución legal de sindicato. Así, Mantilla Molina reconoce la existencia de convenios de voto en virtud de los cuales los accionistas se comprometen a votar en el sentido que indique la mayoría de los que celebran el convenio o una persona determinada, a quien se confía la dirección del grupo, y dice que tales convenios son nulos, apoyándose en el art. 198 de la LGSM, en la redacción anterior a la actual, que no admite se restrinja la libertad de voto de los accionistas. Cualquier negocio que tuviese como objeto restringir la plena libertad de voto tendría un objeto ilícito y como tal podría ser anulado. Incluso, los pactos de transmisión de las acciones al director del sindicato, sobre los que Ascarelli pugnó por su validez, podría escapar a la norma legal comentada, la cual no existe en el Derecho italiano. Así la doctrina mexicana clásica sostenía que aunque las acciones se transmitan a un gerente, director o representante para que ejerza el derecho de voto de los representados, es evidente que tan pronto como cualquiera de los titulares lo desee podrá retirarse del convenio y recoger sus acciones, puesto que la oposición de los demás deberá fundarse, precisamente, no en el otorgamiento de una representación, en sí lícita, pero fundamentalmente revocable, sino en que este otorgamiento se había hecho justamente con el propósito de votar en forma determinada. Finalmente, en tiempos de la prohibición terminante del art. 198 en su antigua redacción se planteaban alternativas para no caer en la hipótesis prohibitiva, y así citaban los doctrinarios como ejemplo: que las personas que quieran concertar un pacto para el ejercicio del derecho de voto, del cual son titulares, constituyan una sociedad civil o mercantil, cuyas aportaciones consistan en las acciones que habilitan para el voto de que se trate.¹⁴⁹

Siguiendo la tendencia imperante en el *civil law*, también el Derecho mexicano tuvo un giro copernicano en la materia en 2006. La LMV mexicana, en su art. 16, para los accionistas de las Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión, se refiere a la celebración entre ellos de pactos por los que se obliguen a no competir con la sociedad, se confieran opciones de compraventa de las acciones de las cuales son titulares y ejercicio de derechos de preferencia para la suscripción de nuevas acciones, así como acuerdos para la sindicación de voto o para enajenarlas en oferta pública. Respecto de los pactos de no competencia con la sociedad, deben estar limitados en

¹⁴⁹SANTAMARÍA, F. J., “A propósito de la noción de los sindicatos de accionistas”, en *Estudios en Homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. II, UNAM, México, disponible en www.bibliojuridica.org

cuanto a la materia y a un determinado ámbito geográfico y no pueden exceder los tres años.

El 13 de junio de 2014 se reformó la LS mexicana, y en su art. 198, sobre las sociedades no cotizadas, se confiere poder normativo negocial a los accionistas para celebrar tales negocios respecto de la enajenación de sus acciones, el derecho de suscripción preferente, el ejercicio del derecho de voto, y otros convenios de naturaleza análoga, lo que abre el debate en cuanto a qué implica la analogía, aunque cabe señalar cómo el Derecho mexicano ha virado sin ambages hacia la admisión, aun en las sociedades no cotizadas, de dichos pactos. En su inciso final, el enunciado contiene una críptica frase que ambientaría, por ejemplo, sostener que son impugnables las resoluciones sociales en caso de incumplimiento de lo acordado en el convenio, y en caso que se fallara, por ejemplo, disponiendo la remoción en una obligación de no hacer, o ante el incumplimiento de una opción de venta de acciones, en efecto señala: *“Los convenios a que se refiere este artículo no serán oponibles a la sociedad, excepto tratándose de resolución judicial”*.¹⁵⁰

2.2.13. Derecho angloamericano

¹⁵⁰ “Art. 198 Sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales, los accionistas de las sociedades anónimas podrán convenir entre ellos:

I. Derechos y obligaciones que establezcan opciones de compra o venta de las acciones representativas del capital social de la sociedad, tales como:

a) Que uno o varios accionistas solamente puedan enajenar la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando el adquirente se obligue también a adquirir una proporción o la totalidad de las acciones de otro u otros accionistas, en iguales condiciones; b) Que uno o varios accionistas puedan exigir a otro socio la enajenación de la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando aquéllos acepten una oferta de adquisición, en iguales condiciones; c) Que uno o varios accionistas tengan derecho a enajenar o adquirir de otro accionista, quien deberá estar obligado a enajenar o adquirir, según corresponda, la totalidad o parte de la tenencia accionaria objeto de la operación, a un precio determinado o determinable; d) Que uno o varios accionistas queden obligados a suscribir y pagar cierto número de acciones representativas del capital social de la sociedad, a un precio determinado o determinable, y e) Otros derechos y obligaciones de naturaleza análoga; II. Enajenaciones y demás actos jurídicos relativos al dominio, disposición o ejercicio del derecho de preferencia a que se refiere el artículo 132 de esta Ley con independencia de que tales actos jurídicos se lleven a cabo con otros accionistas o con personas distintas de éstos; III. Acuerdos para el ejercicio del derecho de voto en asambleas de accionistas; IV. Acuerdos para la enajenación de sus acciones en oferta pública; y V. Otros de naturaleza análoga. Los convenios a que se refiere este artículo no serán oponibles a la sociedad, excepto tratándose de resolución judicial”.

En Inglaterra, la licitud de los convenios de voto ha sido admitida sin reservas desde principios del siglo XX. Algo similar acaeció en los Estados Unidos, donde desde 1910 la jurisprudencia comenzó a admitir la figura en lo referente al voto, reconociendo la posibilidad de disponer sobre el mismo, considerado una “personal property”.

La doctrina en la materia se ha ocupado de estas figuras en el contexto de las *corporations* y de las *close corporations*. En lo referido a este tipo de convenios vinculados al voto se distinguen cuatro especies: “share holders agreement”, “voting trust”, “irrevocable proxies”, “management agreements”.¹⁵¹

Partiendo del reconocimiento de la validez y eficacia de la figura, en el Derecho del “common law”, para determinar la licitud o ilicitud de un negocio en lo concreto, el operador jurídico debe tener en cuenta las leyes de cada jurisdicción y la jurisprudencia, ponderar lo que surge del *jus coditum* y *jus condemnatum* en lo atinente a las normas legales.

En los Estados Unidos, a finales del siglo XIX, fueron declarados ilegítimos por la jurisprudencia. Así, en el caso “Bostwick vs. Chapman”, de 1890, se indicaba que “es política de nuestra ley que un irrestricto poder de voto es inherente a la propiedad de la acción”; y en el fallo “Warren vs. Pim”, de 1904, se señalaba: “este privilegio está inseparablemente anexo a la propiedad de la acción y no puede ser separado de ella”; en 1915, en el caso “Luthy vs. Ream” se argüía que un accionista puede rehusarse a ejercer su derecho de voto y a participar en las asambleas de accionistas, pero no puede despojarse del derecho a hacerlo.¹⁵² En sentido contrario se expidió la jurisprudencia en otros casos, así en el caso “Brown vs. Pacific Mail Steamship Co.”, de 1867, y aun el todavía “Ryders vs. Alton & SR Co.”, de 1851, donde declaró la validez.¹⁵³

En otros fallos se abogó por la licitud, pero sobre la base de que se habían transferido las acciones y por tanto quien votaba era el “propietario-trust” de las

¹⁵¹MARIÑO LÓPEZ, A., *El convenio de sindicación de acciones...*, op. cit., p. 106.

¹⁵²HENN, H.G. –ALEXANDER, J. R., *Law of Corporations and other Business Enterprises*, 3ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1963, p. 529, nota 5, y Hornstein, G. D., *Corporation Law and Practice*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1959, pp. 288/289. Otros fallos pueden encontrarse en LATTIN, N. D. – JENNINGS, R. W., *Cases and Materials on Corporations*, 3ª ed., Callaghan & Co., Chicago, 1959, p. 697; apudMOLINA SANDOVAL, C. A., *Tratado de las Asambleas*, 1ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 449-451.

¹⁵³HORNSTEIN, G. D., *Corporation Law and Practice*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1959, p. 287; apudMOLINA SANDOVAL, C. A., ibíd.

mismas, desconsiderándose así si lo hacía por las instrucciones recibidas; así el fallo “Kann vs. Rosset”.¹⁵⁴

Actualmente se ha consolidado la línea jurisprudencial de la validez y mientras su objeto no sea ilícito y se corresponda con el buen manejo de la corporación, lo que comporta la precisión en cuanto a qué implica esto, o no se altere substancialmente la organización formal de la sociedad en la mayoría de los Estados norteamericanos, algunos de las cuales, a partir de 1926, dictaron leyes regulándolos.¹⁵⁵

Así, la Model Business Corporations Act, en su art. 7.31 (b), admite la posibilidad de obtener el cumplimiento forzado de este tipo de acuerdos, los que además han sido reconocidos expresamente como válidos por las normas estatales en la variante “voting trust”,¹⁵⁶ especie caracterizable por la transferencia de las acciones a los gestores del trust, recibiendo un certificado (*voting trust certificate*) representativo de los beneficios (*beneficial power*), excepto lo relacionado con el voto.¹⁵⁷ Las normas legales reconocen la posibilidad de la ejecución forzada de estos convenios. En el Derecho anglosajón y sus normas emergentes son consideradas complementos de las normas de la sociedad comercial.

En tanto, el Model Statutory Close Corporation Supplement en su art. 20 indica que todos los accionistas de una “statutory close corporation” podrán regular por escrito el ejercicio de los poderes sociales, la gestión de los negocios y asuntos de la corporation, o la relación entre los accionistas de la sociedad y dicho acuerdo será eficaz aunque elimine o retire poder al consejo de administración; o limite su discrecionalidad; asimismo cuando su efecto sea tratar la corporation como una partnership; o cree una relación entre los accionistas o entre estos y la sociedad, que sería apropiada solo entre socios de sociedades personales “partnerships”. En cambio, una disposición que autorice a uno o más accionistas a disolver la sociedad solo desplegará efectos, si una

¹⁵⁴FLETCHER, W. M., “Cyclopedia of the Law of Private Corporation, vol. 5, revisado en 1976 por Owen T. Smith, Callaghan & Co., Wilmette, III, 1976, párr. 2075, pp. 331/332 y nota 15; *apud* Molina Sandoval, C. A., *ibíd.*

¹⁵⁵MANOVIL, R. M., *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 286.

¹⁵⁶CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios...*, *op. cit.*, p. 448.

¹⁵⁷SHULTZ, Birl, *The Securities market and how works*, Harper and Row, New York, 1965, p. 46; *apud* MADARIAGA, J. R., *La sindicación de acciones*, *op. cit.*, p. 97.

declaración de este derecho ha sido incluida en el acto constitutivo de la sociedad. Respecto a la modificación prevé que para enmendar un acuerdo autorizado por este artículo, todos los accionistas tendrán que aprobar la enmienda por escrito, salvo que el acuerdo prevea diversa solución. Establece además que los suscriptores de acciones podrán actuar como accionistas con respecto a un acuerdo autorizado por el art. 20 mencionado, aun si las acciones no habían sido emitidas cuando el acuerdo fue realizado. Aclara que no prohíbe que se celebren otros acuerdos entre accionistas.¹⁵⁸

En la legislación del Estado de Delaware, importante en la materia en los Estados Unidos, por constituir una verdadera fábrica de sociedades comerciales, se prevé que los acuerdos entre los accionistas, relativos a cualquier aspecto de los negocios sociales, no se considerarán inválidos si se pacta la creación de relaciones entre los accionistas, o entre estos y la sociedad, del tipo característico de las sociedades de personas.¹⁵⁹ En ese Estado, la sección 218, subsección (c), de la General Corporation Law, dispone que un acuerdo entre dos o más accionistas, si es por escrito y firmado por sus partes, podrá disponer que en el ejercicio de cualquier derecho, las acciones que ellos poseen podrán ser votadas de conformidad con lo dispuesto en el acuerdo, o como las partes convengan, o mediante la utilización del procedimiento que hayan acordado. Respecto al plazo no coloca limitación temporal alguna desde que fue modificado su texto a finales del siglo pasado.¹⁶⁰

La ley del Estado de Nueva York también dispone respecto a los convenios sobre el voto en la modalidad “voting trust”, que cualquier tenedor de acciones puede pactarlos, debiendo asumir la forma escrita, transfiriendo a un “trustee” (una especie de fiduciario) sus acciones, con el propósito de conferir el derecho de voto por un periodo no mayor de diez años en las condiciones y términos que en el acuerdo se establezcan, el que podrá prorrogarse por diez años. Si con seis meses de anticipación lo pactaran todos o algunos de los sindicados, la ampliación del plazo solo alcanzará a quienes consientan la misma. Establece además dicha legislación que el fiduciario debe mantener disponible para el tenedor un certificado de acciones, en el lugar designado al efecto, toda la documentación contable relacionada con el trust y una nómina con los

¹⁵⁸PALMERO (h), J. C., “Los pactos parasociales y la personificación de la sociedad ‘anónima’”, *Tesi di perfezionamento* (Reltore: Chiar.mo Prof. Antonio Piras), Seminario per le scienze giuridiche e politiche, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Pisa, 1990-1991 (inérita), pp. 209-210; *apud* MOLINA SANDOVAL, C. A., *op. cit.*, p. 452.

¹⁵⁹CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios...*, *op. cit.*, p. 449.

¹⁶⁰CASTRO VIERA, D., “Los acuerdos de accionistas son en principio válidos”, *ED*, p. 238; *apud* MOLINA SANDOVAL, C. A., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 451.

datos personales de aquellos tenedores de certificados de sindicación que lo integren, indicando la fecha desde la que son tenedores, especificando el número y clase de acciones que representan tales certificados. Un duplicado de cada convenio de sindicación (*voting trust*) debe permanecer archivado en el domicilio de la sociedad comercial; este acuerdo queda sometido, en lo referido al derecho a la información de los accionistas de la compañía, al mismo régimen que la contabilidad de la firma. El régimen de transmisión de los certificados que reciben los sindicatos representativos de los derechos patrimoniales, que conservan, pues han transferido al fiduciario solo el voto, es el mismo que el establecido para las acciones. La coercibilidad de los acuerdos de accionistas en los Estados Unidos es pacífica, siendo inclusive objeto de algunas legislaciones como las de los Estados de Wyoming, Texas y Carolina del Sur.¹⁶¹

Como señalan los argentinos Mascheroni y Muguillo, el *voting trust* solo transfiere el derecho de voto, no así los derechos patrimoniales, entendido el fideicomisario, no como accionista, sino como un representante de estos. Los certificados de *voting trust*, representativos de las verdaderas acciones, quedan sujetos a las mismas normas que regulan la transmisión de las acciones y son así negociables del mismo modo que las acciones que representan. Los citados autores destacan que tan cercana como el *voting trust* a la figura del *civil law* convenio de sindicación de accionistas en lo referido al voto, es la figura del *voting agreement* o *share holders agreements*. En el caso del *voting agreement*, los accionistas acuerdan por adelantado el modo en que ejercerán su derecho de voto en las distintas materias sometidas por la asamblea general de la sociedad a su decisión. Se carece en esta figura de un intermediario con las características del *trustee*, manteniéndose todos los intervinientes del acuerdo como lo que realmente son: accionistas de la sociedad. Este tipo de convenio –señalan los autores en cita– requiere de una adecuada buena fe en toda su duración y una vía de retención de acciones como el elemento de fuerza para su mantenimiento, ya que si estas fuesen transferidas a un tercero, este no quedaría obligado por el *voting agreement* de su transmitente.¹⁶²

¹⁶¹SOUZA BARROS CARVALHOSA, M., *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 2, p. 458; *apud*, MIRANDA, E. A., *Execução Específica dos Acordos de Acionistas*, Ed. Juarez de Oliveira, San Pablo, 2000, p. 12.

¹⁶²MASCHERONI, F. – MUGUILLO, R., *Régimen jurídico del socio...*, *op. cit.*, p. 206.

A nivel de tipicidad social se distinguen también en el sistema estadounidense los *quasi-partnership agreements*, que apuntan a aproximar las sociedades capitalistas a las sociedades de personas, incluso para mantener el carácter familiar de la sociedad o el vínculo entre familias que intervienen evitando la fungibilidad de los sujetos, ya sea requiriendo mayorías cualificadas e incluso la unanimidad para determinadas materias, estableciendo sistemas de resolución de conflictos, o minorías de bloqueo para afianzar o garantizar en mayor medida el ámbito o el carácter familiar en el seno de la sociedad. La etiología de estos pactos en Estados Unidos se origina en que no existía normativa aplicable a las sociedades cerradas, aunque ciertos Estados, como Delaware, fueron incorporando a su legislación normas que habilitaban introducir restricciones a la transmisibilidad de los títulos representativos de capital.¹⁶³

Con carácter general y a modo de conclusión, la regulación establecida en la sección 7.32 de la MBCA ha tenido una amplia aceptación en Estados Unidos: doce Estados la tomaron íntegramente; cuatro dictaron normas que si bien varían en los enunciados, recogen la norma que se desprende de aquella; y otros tres cuentan con normativa similar, con variaciones fundamentalmente en el elemento plazo, que no es el general de diez años.

En el Estado de Florida restringen a las sociedades con cien o menos accionistas las normas similares a la mencionada y el negocio es solemne, debe hacerse constar necesariamente en la escritura o en los estatutos, debe ser firmado por todos los socios, pero no tiene plazo máximo. Ese Estado entiende que son contrarias al “public policy”, las disposiciones que impliquen la reducción de los deberes de diligencia y lealtad de los administradores o los exoneren de responsabilidad. En Georgia y Oregón, que siguen el modelo de la sección 7.32, no se permite eliminar al Consejo de Administración, aunque sin limitar sus funciones.¹⁶⁴

¹⁶³Sección 354 de la Delaware General Corporation Act: “ningún acuerdo de accionistas ni previsión estatutaria será considerado inválido con el fundamento de que constituye un intento [...] de tratar a la corporación como si fuera una Partnership [...]”. Cfr. CLARKE, B. N., “Shareholders’ agreements in Alaska after *Hikita v. Nichiro Gyogyo Kaisha, Ltd.*”, en *Alaska Law Review*, N° 312 (1987); *apud* MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, n. 81, p. 47.

¹⁶⁴O’NEAL, H. y THOMPSON, R. B., *O’Neal and Thompson’s Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, Rev. 3ª ed., Thomson Reuters, 2004, §4.5 y §4.6; *apud* MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 174, quien expresa “que la regulación canadiense es prácticamente idéntica a la de la MBCA”.

CONVENIOS DE SOCIOS Y ACCIONISTAS

LOS PACTOS PARASOCIALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y EL
DERECHO DE DAÑOS

CAPÍTULO TERCERO
EL CONVENIO DE SINDICACIÓN
COMO TIPO CONTRACTUAL

3.1. Concepto de calificación

La calificación de un negocio jurídico es la actividad que tiene por finalidad asignar ese acontecer a una determinada categoría jurídica o de relevancia jurídica.¹⁶⁵

Para realizar la calificación es decisiva la identificación de la función socioeconómica del negocio. La calificación es una labor ajena a la voluntad de las partes, por lo que la designación que elijan para el acto, es solo un dato significativo, pero en absoluto decisivo o vinculante. Efectuadas las atribuciones de significado necesarias a los términos del negocio, mediante la labor interpretativa, se estará en condiciones de calificarlo.

La doctrina, para los convenios que generan la constitución de un sindicato, ha analizado el acto constitutivo el que se refiere como aspecto estructural y luego procuró determinar la calificación jurídica de la organización creada por los pactantes. Son dos perspectivas distintas, una vinculada al origen, otra a lo funcional, a las características de la organización.

Desde la metodología del tipo contractual, lo que se realiza cuando se efectúa el que se da en llamar “análisis estructural del convenio de sindicación”, es una tipificación de primer orden, en tanto, cuando se pasa al análisis funcional, se efectúa una tipificación de segundo orden.

La tipificación es el resultado de una selección y de una concentración de elementos, estructuras y modalidades que son propias de diferentes actividades, resultando el tipo un paradigma, un modelo de actividad negocial, y la trascendencia del resultado a que se arribe residirá en el régimen jurídico aplicable, en particular, ante la ausencia de previsión por las partes, el encuadrar un contrato dentro de un cierto tipo reviste relevancia.¹⁶⁶

Al calificar un negocio jurídico como contrato se efectúa una tipificación de primer orden, se puede transitar luego hacia una tipicidad de segundo grado, “los contratos”.

En esta última puede distinguirse entre tipicidad de configuración, esto es, el conjunto descrito por la ley de conductas humanas, más elementos y datos que se

¹⁶⁵BIANCA, C., *Diritto Civile*, t. 3 – *II Contratto*, Milano, 1998, pp. 444-445.

¹⁶⁶SACCO Y DI NOVA, en *Tratatto di Diritto Civile*, dirigido por Sacco, *II Contratto*, pp. 432-439.

añaden y tipicidad de regulación, la que se refiere a la regulación otorgada por la ley al fenómeno.

La tipicidad de regulación puede calificarse a su vez de completa o incompleta, donde el primer supuesto alude al tipo contractual en su conjunto; dicha regulación comporta el abordaje de todos los aspectos relevantes, atendiendo a sus peculiaridades. En el segundo supuesto, ante la falta de completitud de la regulación, para el tipo contractual configurado en la ley, debe acudir a una regulación subsidiaria o supletoria.

El concepto de tipicidad de regulación alude al conjunto descrito por la ley de la conducta humana, más los elementos y datos que se añaden a estos (tipicidad de configuración del supuesto de hecho de la norma), al cual se le otorga una determinada regulación, precisamente en íntima relación de dependencia con tales elementos y caracteres que se predicen de estos.¹⁶⁷

En los sistemas jurídicos de los países que se han relevado en el presente, que incluyen los centrales del *civil law* y varios con influencia decisiva en el Derecho latinoamericano, la tipicidad de configuración y de regulación del convenio de sindicación es incompleta. Solo cuenta con cierta tipicidad de configuración y de regulación el convenio de sindicación de accionistas, por ejemplo, en Brasil, Uruguay o Colombia.

La trascendencia de esta tarea reside en determinar cuál es el régimen normativo aplicable. La labor transita por elucidar si se trata de un contrato atípico, o con tipicidad social o legal. De la conclusión a la que se arribe dependerá la respuesta a la pregunta planteada.

Si se entiende estar ante un negocio con tipicidad de regulación legal, habrá de aplicarse íntegramente el régimen previsto, según corresponda, a la figura. Luego, si se entiende que se trata de un negocio con tipicidad social, habrá que acudir a la integración por medio de los usos y costumbres.

Si se asume como un negocio atípico, habrá de acudir en primer término a las reglas generales de los contratos, luego a las normas ingresadas por los particulares en ejercicio de la autonomía privada y finalmente aplicar la analogía, en sus distintas variantes, a saber, aplicación analógica por absorción, subsumiendo la figura de acuerdo con el índice que se estime dominante en una análoga; de combinación, tomando cada

¹⁶⁷GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., *Estructura y función del tipo negocial*, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, p. 16.

uno de los índices típicos, y aplicándole la regulación correspondiente a los respectivos tipos legales, con el inconveniente de aplicar normas originadas en distintos tipos contractuales. Finalmente, se acudirá a la extensión analógica, esto importa observar un tipo legal en su conjunto y cotejarlo con la figura socialmente típica, también en su conjunto.

3.2. Calificación del género pacto parasocial

Antiguamente, los pactos parasociales eran asociados por la doctrina con los que regulan el voto, y así la doctrina los estudiaba centrándose en si era lícito, por ejemplo, votar conforme a lo definido por el sindicato. Luego el análisis se extendió a la limitación a la posibilidad de disponer de las acciones en las sociedades por acciones, mecanismo imprescindible para poder operativizar lo anterior.

Lo mismo ocurrió en Brasil, probablemente porque eran inscribibles y oponibles a la sociedad los que se referían al voto y a las limitaciones a la posibilidad de disponer.¹⁶⁸

Más recientemente, la doctrina de los países centrales que hemos relevado ha abordado con algo más de amplitud el posible contenido de estos pactos.¹⁶⁹

En la doctrina argentina, desde hace años se analizaba con mayor alcance el contenido de los pactos parasociales, trascendiéndose en el análisis de los sindicatos de voto.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Por todos, puede verse COHELO DA ROCHA, J. L., *Acordo de Acionistas e Acordo de Cotistas*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

¹⁶⁹ En España, a partir de la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modificó la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, y del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, el art. 112 de la LMV (actual 530 de la LSC española) limitaba el concepto de pacto parasocial a los efectos de la Ley a “*aquellos pactos que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas cotizadas*”. Pero a partir de sentencias del Tribunal Supremo, donde le tocó expedirse sobre la impugnación de acuerdos sociales por vulneración de un pacto parasocial, de 10 de diciembre de 2008 [RJ 2009/17], 5 de marzo de 2009 [RJ 2009/1633], 6 de marzo de 2009 [RJ 2009/2793] y 6 de marzo de 2009 [RJ 2009/2794], se ha ampliado el objeto de estudio por la doctrina ibérica. Cfr. FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, *op. cit.*, pp. 125-126.

¹⁷⁰ Así, CABANELLAS indicaba: “sea porque no son adoptados mediante los mecanismos necesarios – particularmente por no ser convenidas por todos los socios al formarse la sociedad, o por no ser adoptadas

La amplitud de objeto, en el sentido de normas individuadas a crearse por el convenio para los pactantes, ya era destacada en la clásica obra de Oppo.¹⁷¹

El diverso contenido normativo hace que dentro de los pactos parasociales podamos encontrar contratos unilaterales, bilaterales, o plurilaterales, así como los convenios de sindicación.

En definitiva, indicando que regulan algún aspecto vinculado con las situaciones jurídicas de los socios o accionistas en las sociedades y su relación con el contrato social alcanza para aludir al género pacto parasocial. Nos detendremos en la especie convenio de sindicación, en los términos con que lo definimos en el Capítulo primero, y su vínculo con el contrato social.

Al constituir un género que agrupa varios subtipos de contratos los pactos parasociales tendrán la respectiva regulación según encarten en una u otra variante.

A nivel de Derecho positivo, las referencias en los sistemas jurídicos del *civil law* permiten con mayor o menor intensidad la incidencia de lo regulado o de las decisiones adoptadas en la sociedad. También en cuanto al elemento plazo, para los de duración, no conforman una tipicidad de regulación, pues los pactos parasociales pueden ser de cumplimiento instantáneo, pensemos en la obligación de votar en cierta asamblea en cierto modo o como defina cierto grupo y solamente en esa asamblea.

En el género pacto parasocial encontraremos contratos innominados o nominados, por el tipo de pactantes, por ejemplo, acuerdos de accionistas. Encontraremos contratos atípicos y contratos socialmente típicos, como el convenio de sindicación de socios y accionistas, caracterizado por su duración y porque para las sociedades anónimas en el Derecho positivo del *civil law* encuentra regulación el elemento plazo que es esencial por tratarse de un contrato de duración.

El rasgo tipificante del género pacto parasocial es la vinculación con el contrato social y el funcionamiento de la sociedad. El pacto parasocial goza de autonomía estructural respecto del contrato social y se encuentra conexo con aquel, y con la estructura normativa y de competencias creada en el devenir de la actividad de la

conforme a los mecanismos requeridos para la modificación del contrato social, como su aprobación por la asamblea- o porque no han sido adoptadas conforme a los mecanismos formales exigidos para integrar el contrato social –como en el caso en que los socios adoptan una decisión en forma unánime, sin constituirse en asamblea– o, por último, por incluir reglas que, aunque referidas a la sociedad, no son susceptibles de integrar el contrato social, como en el caso en que los socios acuerdan de qué forma obtendrán la financiación necesaria para efectuar las integraciones comprometidas en el contrato social”. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios...*, op. cit., p. 436.

¹⁷¹OPPO, G., *Contratti Parasociali*, op. cit., pp. 3-6.

sociedad, incluso refiriendo a un estatuto que, años después, puede no tener nada igual al contrato creador del ente, en función de las sucesivas modificaciones introducidas por los actos colectivos emanados de la asamblea de accionistas que varíen su contenido. Contrato social y pacto parasocial, negocios entonces vinculados en términos de dependencia funcional.¹⁷²

Los pactos parasociales son reconocidos en nombre de la libertad contractual, con los límites al orden público y en el marco del Derecho de los contratos, pero estos pactos parasociales tienen una nota característica: el cuadro social en el que se sitúan. Por cuanto cada otorgante o al menos algunos de aquellos pactan en tanto socios o accionistas de una sociedad, es decir, que el acuerdo es concluido “societatis causa”.¹⁷³ Tienen su punto de referencia en el contrato social y desde esta óptica el vínculo de dependencia es el de lo accesorio respecto a lo principal.¹⁷⁴

En ese vínculo desde el Derecho de sociedades y desde el orden público societario, ese estar de lado o junto al contrato social amerita todo el análisis de la regulación imperativa al contrato social como límite al objeto de los pactos parasociales, que han sido vistos desde el institucionalismo como una amenaza para dicho orden público, bajo cuyo tamiz también son controlados en cuanto a su contenido. El contrato social funciona como límite negativo a la autonomía privada de los otorgantes del pacto.

Fernández de la Gándara decía al respecto: “nos encontramos pues ante una figura dotada de autonomía formal y con una identidad funcional análoga a la del contrato fundacional de sociedad –ambos instrumentos sirven a una misma realidad económica– pero unida a este último, desde el punto de vista estructural, por un vínculo de subordinación”.¹⁷⁵

Destaca la doctrina francesa, en el mismo sentido, que los pactos parasociales tienen relación con los mecanismos accesorios, complementarios, determinantes o supletorios de la regulación de las relaciones sociales, elemento

¹⁷²MAMBRILLA RIVERA, V., *Caracterización jurídica de los convenios de voto entre accionistas*, p. 321; PEDROL RIUS, A., “La sindicación de acciones”, *Revista de Derecho Privado*, vol. XXXIV, N° 408, 1950, p. 69.

¹⁷³DAIGRE, J. J. – SENTILLES-DUPONT, M., “Les pactes d’actionnaires”, *GLN Joly*, Coll. Pratique des Affaires, N° 34, 1995.

¹⁷⁴MOURY, J., “Remarques sur la qualification, quant à leur durée, des pactes d’associés, commentaire sous Cour d’appel de Paris 15 décembre 2006”, *Recueil Dalloz-Sirey*, N° 10, 2007, p. 2045.

¹⁷⁵ Cfr. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Pacto parasocial”, *op. cit.*, p. 4713.

teleológico que informa a todos los pactos parasociales, más allá de las concretas regulaciones del mismo, que presenta una enorme tipología de variantes concebibles y celebradas en la práctica.

Si los pactos parasociales están desprovistos de un régimen uniforme, lo que hace de su heterogeneidad una tendencia fundamental, sin embargo tienen un elemento característico que lleva a la asimilación efectuada por Guyon con el sistema planetario: *“Ces conventions [...] subissentéanmoins l’influence plus ou moins forte de l’existence de la société, un peu comme des satellites ressentent plus ou moins selon leur éloignement l’attraction de l’astre principal”*.¹⁷⁶ Yuxtapuesto, o superpuesto al contrato social, el pacto parasocial presenta un carácter relativo, pues no tiene razón de ser ni utilidad para los socios otorgantes, si se lo considera sin relación con el contrato social al que completa o complementa. Y no puede ser entendido sino a partir de su razón de proximidad, que le lía al contrato social. Como veremos en el numeral 3.3, más allá de la calificación del vínculo entre el pacto parasocial y el contrato social, asumidos como un binomio, los dos contratos concurren a la misma operación económica y jurídicamente compleja.

Desde el punto de vista de los pactantes, la participación en el contrato social, así como en el pacto, se otorga con vistas a la realización del mismo objeto económico, el otorgamiento del pacto permite a las partes específicamente la satisfacción de sus intereses particulares y reforzar la satisfacción de los que les brinda la participación en la sociedad. Si bien el contrato de sociedad es suficiente por sí mismo, esto no empece que luego que el pacto parasocial se celebre, el mismo incidirá en la vida social. En cambio, en ausencia del contrato social, el pacto parasocial queda desprovisto de razón de ser, lo que deja en evidencia su dependencia, la existencia de una cierta jerarquía en el binomio contrato de sociedad-pacto parasocial.¹⁷⁷

La confidencialidad del contenido, o reserva, no es un rasgo que alcance a todos los pactos parasociales. Hemos señalado varios países donde existe la posibilidad de inscripción respecto a algún subtipo, concretamente los celebrados por accionistas. En otros ordenamientos, v. g., el español o el italiano, resulta preceptiva su divulgación para ciertos tipos de sociedades anónimas. Sin embargo, salvo esos casos, no es usual

¹⁷⁶GUYON, Y., *Traité des contrats...*, op. cit.; apud LEROY, C., “Le Pacte D’Actionnaires...”, op. cit., p. 11.

¹⁷⁷LEROY, C., “Le Pacte D’Actionnaires...”, op. cit., p. 20.

que se inscriban estos acuerdos en los demás tipos sociales, por los temas que se ventilan en el mismo, donde se pretende la discreción del contenido frente a terceros.

Fernández del Pozo y Feliu, en España, distinguen a los pactos parasociales de otros negocios celebrados por socios o accionistas.¹⁷⁸ Así, se refieren a los actos infraestatutarios (v. g., reglamentos internos) y a otra categoría, “acuerdos metaestatutarios”. En esta última categoría todo acuerdo que precede a los estatutos y que habitualmente los engloba en la fase previa, aunque no solo, ni necesariamente, a la constitución de la sociedad; incluye Feliu en esta categoría a los protocolos familiares.¹⁷⁹

Respecto a la distinción con los que denominan pactos sociales, Feliu alude a los acuerdos infraestatutarios, los reglamentos internos, destacando que la distinción resulta sencilla cuando no existe identidad subjetiva entre los otorgantes del pacto parasocial y los socios de la sociedad. Pero entiende dificultosa la distinción en caso de identidad subjetiva de los otorgantes y entonces se aboca a la búsqueda de criterios diversos del subjetivo que permitan distinguir lo social de lo parasocial, lo que tendrá incidencia, según indica, en la forma de expresión de la voluntad, en la validez y eficacia; ejemplificando con la presentación a inscripción, al Registro Mercantil español, de una escritura pública, en la que se formalizan los acuerdos adoptados unánimemente por los socios de una sociedad limitada que aceptaron la renuncia a sus cargos presentada por los administradores de la sociedad y designaron otros, y al nombrarlos se dispuso que podrían ser cesados por un acuerdo de los socios, con una mayoría calificada de dos tercios de votos del total.

El registrador deniega la inscripción indicando que dicho pacto no es inscribible mientras no quede clara su “naturaleza jurídica”. En efecto, si se tratara de un acuerdo de la junta general que modifica el estatuto, debería plantearse como tal; si, en cambio, es un pacto parasocial, no es inscribible en el Derecho español, salvo que,

¹⁷⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El reglamento de la Junta General en la Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas cotizadas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N° 93, enero-marzo 2004, p. 60; FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., pp. 144-148.

¹⁷⁹ Siguiendo en esto a VICENT CHULIÁ, F., “Organización jurídica de la sociedad familiar”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002, pp. 4556-4557.

como veremos en el capítulo Sexto, se tratase de uno de los supuestos en que se inscriben los protocolos familiares (Real Decreto 171/2007, arts. 5 y 6).

En diverso sentido –relewa el autor en cita– se expidió la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 5 de noviembre de 2010,¹⁸⁰ en la que se cuestiona sobre si era posible ejercer el derecho de receso, denominado en ese país “separación”. En primera instancia se entendió que no, porque lo invocado era un pacto parasocial. Dichas resoluciones fueron adoptadas en junta general extraordinaria y regulaban la transmisión de las participaciones sociales. Luego se celebra un negocio jurídico de similar contenido documentado en escritura pública, al que se nomina “Protocolo de Empresas”. En otra junta, años después, se deja sin efecto la resolución de la junta, que luego fuera recogida en un negocio por los socios, y la Audiencia Provincial considera que al haberse adoptado el acuerdo en junta universal válidamente constituida, el acuerdo debe considerarse un acuerdo social plenamente oponible a la sociedad y al tratarse de una inscripción no constitutiva, la preceptuada alcanza a la sociedad y a los socios. La inscripción registral en esta lógica no es relevante para la calificación, en tanto mientras ciertas modificaciones al contrato social no se inscriben o la inscripción no tiene efecto constitutivo, ciertos acuerdos parasociales sí se inscriben, como ocurre en las sociedades cotizadas.

A efectos de distinguir el ámbito social del parasocial, se han planteado en la doctrina diversos criterios.

Uno, que podría calificarse de intencionalista, propone escudriñar en la finalidad adoptando un criterio teleológico, criterio que por referir a una asignación de significado a lo acordado se aplica *ex post*, con el componente de inseguridad jurídica que ello comporta.¹⁸¹

Respecto a este criterio se critica que lo normado debe ceñirse a ciertos requisitos de forma para revestir el carácter de social; otros, en tanto, dicen que el mero incumplimiento de dichos requisitos no transforma al pacto en parasocial. Aunque pueden señalarse ámbitos donde este criterio se tornaría relevante, aquellos donde impera la autonomía privada y no existen formas para el otorgamiento de variantes al

¹⁸⁰JUR 2011/32564.

¹⁸¹MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, J. M., “Los pactos parasociales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Nº 37, 1998, pp. 169 y 197; RESCIO, G. A., “La distinzine del sociale del parasociale (sulle c. d. clausole statutarie parasociali)”, *Rivista delle Società*, marzo-giugno, 1991, fascicolo 2.º-3.º, pp. 601-614, y TORINO, R., *I contratti parasociali*, Giuffrè Ed., Milano, 2000, pp. 17-19, estos últimos, *apud* FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, *op. cit.*, pp. 139-140.

contenido social, por lo que es a partir de allí que es posible determinar si un pacto es social o parasocial.

Respecto a la autonomía privada y sus límites, cabe cuestionarse cuáles son si es que existen para las partes a la hora de identificar un pacto como social o parasocial. Por ejemplo, si es admisible el pacto parasocial, cuando se desea mantener cierta discreción respecto a algunos aspectos, por lo que esos aspectos que desean mantenerse en discreción, se dejan fuera del ámbito societario. En este sentido, los límites son los negativos de la autonomía privada.

Podemos encontrar enunciados que se incorporan en el contrato social, pero no forman parte del contenido típico. Es dable preguntarse si debe calificarse de social por el negocio en que se inserta o de parasocial por el tenor de este. O a la inversa, puede haber resoluciones de los órganos societarios en los que se perciba una intención contractual no societaria, aun de una resolución de la junta universal de socios, lo que no puede plantearse en un negocio otorgado solo por algunos socios. Este criterio no resulta decisivo para efectuar una calificación del negocio.

Otro criterio propuesto es sobre la calidad de sujeto titular de situaciones jurídicas en que se coloca o no a la sociedad. Con este criterio se califica de parasocial al negocio que tiende a normar entre dos o más socios y se le agrega el latinazgo “uti singuli”, en tanto se indica que el contrato social origina un vínculo entre socio y la sociedad como persona jurídica. Así, la conformación de un centro de imputación de normas sirve para calificar como parasocial cualquier negocio que no cree situaciones jurídicas en cabeza de la sociedad.

Según este criterio, los pactos en los que se asumen obligaciones o derechos subjetivos solo entre los socios, aunque la conducta debida incumba a la sociedad, por ejemplo, porque se obligan a votar en cierto sentido en los órganos sociales, serán en esta perspectiva parasociales, independientemente que la voluntad haya sido expresada, por ejemplo, por todos los socios y en oportunidad de una asamblea de accionistas o junta.¹⁸²

¹⁸²OPPO, G., *Contratti parasociali*, op. cit., p. 40; Corapi, D., *Gli statuti delle società per azioni*, Giuffrè Ed., Milano, 1971, p. 184, y Rescio, G. A., “La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c. d. Clausole statutarie parasociali)”, *Rivista delle Società*, fas. 2º.-3º, marzo-giugno 1991, p. 628, estos últimos apud FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., p. 140.

En sistemas donde todas las sociedades gozan de personalidad jurídica, la distinción se torna muy consistente, en cambio, cuando hay sociedades que se manejan como una comunidad en mano común, como las sociedades civiles o las cooperativas no inscriptas en el sistema uruguayo; o las sociedades de personas en Alemania, donde los vínculos son entre socios y no se crea un nuevo sistema de imputación, no se dota a la agrupación de personas de personalidad jurídica, este criterio no puede prosperar. En efecto, la sociedad carece de capacidad jurídica y por ello nunca habría, con este criterio, un negocio social.¹⁸³

Queda así con utilidad el criterio, solamente para el análisis en las sociedades cuando sí se constituyen como un centro de imputación de normas.

Otros autores apuntan al tipo de normas que se ingresan por los acuerdos, cuales son su ámbito de incumbencia; se trata de un criterio material que apunta a lo normado. Así lo que distingue a los pactos sociales de los parasociales, considerando si regulan los intereses individuales de los socios o apuntan a la organización societaria, donde son calificados de parasociales los que no tienen un contenido organizativo y atienden a los intereses individuales de los socios. Esto de todas formas se torna asaz impreciso, e implica ingresar a analizar disposición por disposición cuándo se está en el ámbito del denominado “interés social” y cuándo se están prohijando intereses individuales; más aún considerando lo polémico del propio concepto de interés social. Este criterio puede ser útil para describir las normas emanadas de dichos enunciados, pero la casuística es enorme y se parte de un concepto, de por sí polémico, el del interés social, lo que lleva a un análisis caso a caso, que implica indagar en el contenido del pacto. La confusión puede incrementarse en el subtipo convenio de sindicación, que de por sí implica la creación de un mecanismo de organización paralelo, accesorio a la estructura normativa de la sociedad.

Así, tanto el contrato social como el contrato parasocial, en su especie convenio de sindicación, son contratos de organización, por ello, no es posible afirmar que es social todo aquello que comporta una función organizativa.

Si son algunos los pactantes, claramente el pacto parasocial no ingresa en la categoría social, pero aun siendo todos los socios los otorgantes, un acuerdo adoptado fuera de los órganos sociales, sin seguir los procedimientos de formación de la voluntad

¹⁸³ Sobre sociedades sin personalidad jurídica, AMORÍN, M., “Sociedad Civil: la estructura normativa que genera el contrato de compañía en el derecho uruguayo y la cesión de parte contractual”, en *ADCU*, t. XLI, Montevideo, 2011, pp. 553-567.

social, con clara intención de los firmantes de que sea un pacto extrasocial, sigue siendo a mi juicio parasocial.

Otro criterio propuesto es el formal, que implica que el cumplimiento de las formas permite subsumir al negocio en la categoría pacto social.

El criterio formal para definir cuándo se está en presencia de un tipo de negocio “contrato social” y cuándo estamos en presencia de negocios que son calificables en el género “contrato parasocial”, transita por comprobar si se siguieron los procedimientos establecidos en la ley para celebrar o modificar un contrato social, o en su caso el estatuto social, aunque en tipos sociales en que la celebración de determinados actos tendientes a la creación o modificación de las normas que regulan la sociedad no presenta ritualismos, este criterio se torna dificultoso, por lo que deberá atenderse al contenido, lo cual lleva a discernir si se refiere a la regulación de aspectos susceptibles de formar parte del contrato de sociedad o no.¹⁸⁴

Ahora bien, siguiendo ese criterio, entonces los negocios celebrados por los socios sin seguir el procedimiento establecido en la ley de sociedades son pactos parasociales; por exclusión, todo lo que no es social y se ha acordado entre los socios sin haber cumplido con las formalidades necesarias según el tipo negocial.

Esto presenta una confusión de base. En efecto, ante la manifestación intencional de voluntad de las partes en una convención, debe tipificarse primero para luego analizar los presupuestos, los elementos, y entre ellos el consentimiento, y en este elemento determinar si hay validez o nulidad. En otro orden, si no es un negocio convencional, sino un acto colectivo o acto complejo no puede ingresar en la categoría pacto parasocial.

Este criterio llevaría a que todo negocio con pretensión de incidir en el contrato social que estuviera inficionado por no cumplir con ciertos requisitos para la manifestación de voluntad vaya a dar a la categoría negocio parasocial, cuando, por ejemplo, podría ser un negocio social nulo. Siguiendo el método de análisis de la eficacia contractual que hemos propuesto, se aprecia sin dificultad este aspecto.

¹⁸⁴CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios...*, op. cit., p. 436; PÉREZ MORIONES, A., “Los sindicatos de voto para la junta general de la Sociedad Anónima”, Valencia, 1996.

Sin embargo, sí aplica, a mi juicio la inversa, el simple cumplimiento de los requisitos procedimentales y formales da cuenta de la voluntad de las partes de celebrar un acuerdo social.

Calificado como tal, corresponde el análisis de su existencia, validez y eficacia. En ningún caso, en oportunidad de una reunión social podrá celebrarse un negocio parasocial, salvo que se dispusiera pasar a cuarto intermedio, de lo contrario se está actuando en el marco de las normas societarias.¹⁸⁵

Por tanto, cualquier cláusula que se inserte en un estatuto social o contrato social debe ser considerada social, quedando para la especulación teórica si esas disposiciones son usualmente insertas en pactos parasociales o si ni siquiera de sólo se insertan en estos, su contenido.

Si en el ámbito de la autonomía privada las partes acuerdan que en caso de no ser admitidas por el registrador ciertas disposiciones, las mismas se asumirán como pactos parasociales; eso se genera justamente en ejercicio de la autonomía privada, si nada pactan, no tendrán virtualidad alguna.

En relación con los denominados reglamentos internos, nominados por algunos autores como acuerdos infraestatutarios, este tipo de reglamentos son particularmente abundantes en las cooperativas, que teniendo por objeto brindar servicios a los socios deben regular a través de normas reglamentarias, en detalle, la prestación de dichos servicios, pero también el funcionamiento de la Asamblea General de Socios; los criterios para votar; los tipos de mociones, cuáles deben considerarse de orden, cuáles admiten discusión, cuáles no; cuándo la votación debe ser nominal, entre otro sinnúmero de aspectos. También puede regularse el funcionamiento de los órganos colegiados de administración, forma de reunión, cadencia de las sesiones, derechos de los integrantes. Estas normas encuentran su límite en lo establecido en el estatuto social y en la ley.

Las mayorías para la aprobación de los reglamentos pueden estar previstas en el estatuto social, o contrato social, o puede no haber previsión.

El apartamiento de lo establecido en los reglamentos no comporta la nulidad de la decisión adoptada de principio en la ley española, pues el art. 204 de la LSC española prevé de impugnación por violación de la ley, el estatuto o por actuar en contra

¹⁸⁵ En contra, entendiendo que esto sí es concebible, Madrilejos Fernández, J. M.^a “Los pactos parasociales” (Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 13 de marzo de 1997), en *AAMN*, N° 37, 1998, p. 220; y FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, *op. cit.*, pp. 136-139.

del interés social; sin embargo, tal impugnación se torna viable si se considera que no hay mejor reflejo del vago concepto de interés social que el plasmado en una norma reglamentaria, lo que torna viable entonces dicha impugnación.¹⁸⁶

En Brasil, el art. 286 prevé como causales de la anulación, la irregular convocatoria o instalación, la violación de la ley y el estatuto, o que la decisión se derive de error, dolo, fraude o simulación, por lo que la violación reglamentaria de por sí no comporta la nulidad.

En cambio, la ley argentina, en su art. 251, sí prevé especialmente, la posibilidad de impugnar los acuerdos sociales contrarios al reglamento, al igual que la ley uruguaya en su art. 365.

Los reglamentos en nada se relacionan con los pactos parasociales, responden a actos complejos según la posición que se adopte al respecto, no se originan como consecuencia de un contrato.

Los órganos societarios dictan actos jurídicos; cuando están integrados por un solo miembro, se trata de un acto unilateral simple; cuando la integración es pluripersonal, se trata de conductas de sus integrantes que son imputadas a tales órganos, de actos colectivos.¹⁸⁷

Como señala Cabanellas, tales actos no son de naturaleza contractual, carácter que es incompatible con el de acto colectivo, la resolución que dicta el reglamento interno no se forma mediante el consentimiento de distintas personas que forman parte de dicho acto, sino mediante el cumplimiento de reglas en materia de quórum, mayorías y procedimiento, que contemplan la posibilidad de que el acto tenga efectos como tal y obligue a todos los integrantes del conjunto de personas que de él participan o que integran el órgano correspondiente, pese a que no participen de tal acto de que se trate. Asimismo, el acto colectivo no está sujeto al mecanismo de extinción de las obligaciones nacidas de los contratos, por mutuo consentimiento de los contratantes. La decisión de un órgano que genera por la actuación de sus integrantes un acto

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El Reglamento de la Junta General en la Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas cotizada”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, No 93, enero-marzo 2004, pp. 114-116, y con cierto detalle sobre el impacto del apartamiento de la norma reglamentaria SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General en las sociedades de capital*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 657.

¹⁸⁷ Sobre los actos de los órganos sociales puede consultarse CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 4 – *Los órganos societarios*, op. cit., pp. 98-123.

colectivo, es revocable mediante un acto en contrario del mismo órgano, acto del que pueden participar integrantes del órgano totalmente distintos a los que hayan adoptado el acto que se revoca, lo esencial para tal revocación es que se adopte conforme con las reglas de quóruns, mayorías y procedimiento, propias del acto colectivo de que se trate, sin que la identidad de las personas que adopten la revocación sea significativa, si se cumple con las reglas citadas. Adicionalmente, los actos colectivos de los órganos societarios, como el que aprueba un reglamento, tienen potencialidad para crear obligaciones para sujetos diversos de los que integran el órgano en el marco de la estructura normativa de la sociedad.¹⁸⁸ Queda en evidencia la diferencia entre un reglamento interno y un pacto parasocial; de todas formas, en el numeral siguiente, analizamos si el pacto parasocial, en particular en su variante convenio de sindicación, puede constituirse por un acto unilateral o por un acto colectivo.

3.3. Tipicidad de primer orden del acto constitutivo del convenio de sindicación

a) Tesis del acto colectivo o del acto complejo

Para el acto constitutivo de las sociedades, la doctrina se encontró dividida entre las tesis contractualistas, por una parte, y por otra, la del denominado acto colectivo y la del acto complejo. Estas disputas se encuentran superadas en la doctrina, y particularmente en los cuatro sistemas jurídicos que analizamos en el presente. En el Derecho uruguayo, por cuanto la ley LS alude al “contrato” como acto constitutivo de la sociedad;¹⁸⁹ en el brasileño, el art. 1563 establece “celebram *contrato* de sociedade...”; en el español los arts. 1665 del CC y 116 del CCo, este último según el cual “el *contrato* de compañía por el cual dos o más personas...”. Similar situación se da en la

¹⁸⁸ *Ibíd.*, pp. 102-103.

¹⁸⁹ Se refieren a la sociedad como contrato los arts.: 2, 6, 7, 10, 11, 16, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 34, 37, 39, 44, 45, 57, 58, 79, 143, 144, 153, 193, 200, 203, 206, 207, 208, 226, 228, 230, 231, 234, 237, 250, 251, 252, 253 y 269 de la LS de Uruguay. La Constitución está dominada por la concepción contractualista, en tanto que el funcionamiento de la sociedad por la concepción institucionalista. OLIVERA GARCÍA, R., versión en español del trabajo preparado por el autor para la *Rivista di Diritto Commerciale e Diritto Generale delle Obligazioni*, Universidad de Montevideo, Programa Máster en Derecho de la Empresa, particularmente numeral 4). En esta posición el autor se encuentra en franca minoría, la mayoría de la doctrina uruguaya se ha inclinado por la recepción lisa y llana de la teoría contractualista, como él destaca.

Argentina, aunque el CC y Co al reformar la ley de sociedades previó la posibilidad de previó la posibilidad de crear una sociedad por acto unilateral.¹⁹⁰

Pero para los pactos parasociales, y en particular para su especie convenio de sindicación merecen ser consideradas las teorías del acto colectivo y del acto complejo.

Los partidarios del concepto de acto colectivo señalan que debe entenderse por tal, aquel que tiende a dirigir diversas prestaciones originadas en vínculos jurídicos idénticos para todos los participantes.

No es posible distinguir entre proponente o aceptante –señalan–, cada uno adhiere, expresando su voluntad, y la declaración de voluntad de cada uno es idéntica a la del otro, no hay un intercambio de declaraciones de voluntad entre los integrantes del acto colectivo, sino solo coincidencia. En cambio –acotan–, procurando distinguir la figura del contrato, en este hay una síntesis de voluntades, en tanto que en el acto constitutivo de una entidad distinta de los componentes personales que la originan hay una mera adición.

Para los sostenedores de la tesis del acto complejo, las declaraciones unilaterales emitidas se funden en una voluntad unilateral perdiendo su individualidad. En tanto, para quien sostiene que se trata de un acto colectivo, se emite una serie de voluntades individuales, cada una de ellas aislada de las otras y solo relacionadas a los efectos previstos, pero susceptibles de ser disgregadas

De este modo, en la tesis del acto complejo, si una de las manifestaciones de voluntad se encuentra viciada, inficionará todo el acto, lo que no ocurre desde la perspectiva de los que adhieren a la tesis del acto colectivo; desde esta última postura solo se ve afectado el vínculo que padece el vicio. Como veremos de seguido no se genera un convenio de sindicación a través de un acto complejo, al menos en los sistemas jurídicos analizados en los Capítulos Sexto y Séptimo del presente.

¹⁹⁰ Solo se admite que sean unipersonales las sociedades anónimas (art. 1º); se crean por acto jurídico unilateral, pero no puede ser único socio otra sociedad anónima unipersonal (art. 1º) “S.A.U.” (art. 164); y se debe integrar el aporte en un 100 % al momento de la constitución (art. 187); están sujetas a fiscalización estatal permanente (art. 299, inc. 7º); deben tener sindicatura plural (art. 284, Ley 19.550) y directorio plural en forma obligatoria (art. 255, Ley 19.550).

b) El convenio de sindicación como contrato plurilateral

La doctrina alemana fue pionera en la ubicación del acto constitutivo de una sociedad entre los contratos; aunque esta concepción fue pasible de críticas en el siglo XIX, entre otros por Von Gierke, propulsor de la denominada teoría del acto social constitutivo unilateral, dirigido a la creación de una entidad distinta de los pactantes, desde la que derivaron la doctrina del acto complejo y del acto colectivo, mencionadas en el literal anterior.

La doctrina mencionada en el literal anterior hizo caudal de la insuficiencia del concepto de contrato bilateral o sinalagmático, a fin de explicar el fenómeno de reunión de dos o más personas, en procura de la consecución de un fin común. En la época en que se formularon se acotaba el concepto de contrato a la categoría de contratos unilaterales o bilaterales.

Destacaba Pedrol Rius al criticarlas que “[...] los partidarios del acto complejo o colectivo formulan sus críticas a la teoría contractual, considerando como único tipo al contrato bilateral y de cambio. Esas objeciones se mantienen difícilmente cuando se piensa en la posibilidad de un contrato plurilateral y de organización [...]”. Y citaba a Von Thur cuando objeta a las teorías del acto complejo o colectivo, “[...] que en esta teoría de las declaraciones paralelas, para ser lógicas habría que admitir como socio a quien, sin haber declarado su voluntad a los constituyentes ni participado en el acto, formulase también idéntica declaración al Registro o a la Sociedad en constitución”.¹⁹¹

En el pacto parasocial, aun en la subespecie convenio sindicación, caracterizado por la convergencia de las obligaciones, se da una síntesis de voluntades y no una simple adición de las mismas, se está en presencia de una convención, pero además es una convención de la que surgen obligaciones, es pasible entonces de calificarse como contrato.

El contrato es una especie del género convención, esta última, es especie a su vez de la categoría negocio jurídico, de modo tal que todo contrato es una convención y toda convención un negocio jurídico.¹⁹²

¹⁹¹ PEDROL RIUS, A., “La sindicación de acciones”, *op. cit.*, p. 959.

¹⁹² Hay convenciones que no son contratos, como el mutuo disenso, o aquellas que refieren a la determinación de una obligación legal de servir alimentos en materia de familia, respecto a las que se ha discutido si resulta aplicable la categoría negocio jurídico.

Por ello todo contrato es un negocio jurídico; es manifestación intencional de voluntad secundada por el ordenamiento jurídico, emergente de sujetos de derecho titulares de competencia normativa, que por su interacción generan Derecho positivo.

La existencia de la norma negocial reposa previa y necesariamente en una norma que habilite al otorgante a generar esta nueva norma jurídica, y esto alcanza a todos los negocios jurídicos. La celebración de un contrato determina el ingreso de normas jurídicas al sistema, originadas en la actuación de los pactantes.

El contenido de las normas ingresadas al sistema por el convenio de sindicación se construye tomándolo como dato de la realidad a aquel, pero también a otras normas ajenas al mismo, de modo tal que su existencia comporta una modificación al sistema por agregación de normas, que son normas jurídicas justamente por pasar a pertenecer al sistema jurídico, esto es, aquel que contiene entre sus normas prescripciones de sanciones, de actos astrictivos, coactivos.

Pasan a pertenecer al sistema jurídico estas normas, en tanto existen reglas de reconocimiento al interior de este, de las que emerge el criterio sobre cuya base puede determinarse si una proposición normativa ingresa o no al sistema, que es delimitado, justamente, por la regla de reconocimiento.

De este modo, si una determinada proposición está intramuros del sistema, será jurídica; si queda fuera, no será predicable de tal. La regla de reconocimiento define un conjunto de proposiciones, dicho conjunto es llamado derecho válido. Entonces, la expresión “Derecho positivo uruguayo” alude al conjunto de normas indicado por una cierta regla de reconocimiento, en un espacio y tiempo determinados. La elección de la regla de reconocimiento reposa en fundamentos éticos o políticos. El sistema modifica constantemente su integración.

Cuando la ley establece que el contrato forma una regla a la que las partes deberán someterse como a la ley misma o que el contrato es ley entre las partes, solo contiene una formulación del reconocimiento de determinadas normas que en el futuro ingresarán al sistema; es el fundamento de la juridicidad de determinadas normas futuras, al igual que la Constitución lo es con respecto de la ley.

Es de estilo, respecto de las normas jurídicas, señalar que estas son abstractas e hipotéticas; desde esa línea se ha sostenido que el contrato no es norma

jurídica, por su mandato referido a sujetos determinados, esto último no se estima de recibo. No existe tal diferencia, las normas cuyo advenimiento precipita el contrato tienen también las notas de abstracción e hipoteticidad que se predicen como caracterizantes de las normas jurídicas. La generalidad no constituye nota característica de la norma jurídica, tanto es norma jurídica la que dice páguese una pensión graciable, donde el único obligado es el Estado, como aquella que se dirige a quienes se encuentren en una determinada situación.

La abstracción debe diferenciarse de la generalidad. Es abstracta la norma en tanto contiene una descripción, un mandato, contra el que deberá luego analizarse la conducta desplegada por un sujeto, un supuesto de hecho, para analizar si se está en presencia de un proceder lícito o ilícito, y desde el punto de vista valorativo, no se valora un concreto comportamiento, sino uno previsto en la norma *ex ante*, y por tanto contiene un comportamiento erigido en hipótesis, es un esquema, un plan.

También para el caso de las normas generadas por un pacto parasocial, es posible hablar de licitud o ilicitud a la hora de cotejar el comportamiento desplegado contra lo previsto en ella.

Desde la perspectiva de la clasificación de los contratos en unilaterales, bilaterales o plurilaterales, dentro del género encontramos cualquiera de dichas variantes; en la especie convenio de sindicación estamos frente a un contrato plurilateral, aunque los sindicatos fueren dos, en tanto las prestaciones son convergentes.

Las obligaciones entre los pactantes en el convenio de sindicación no son interdependientes, la causa no es la ventaja o provecho que le procura a una parte la otra, sino que se refiere a la finalidad de la conjunción de las acciones a las que se obligan los pactantes, pues será del resultado de ese obrar conjunto de donde redunde, para todos, el beneficio.

De este modo, una relación de interdependencia entre dos obligaciones no se verifica. Esto, no por el número de obligaciones calificables como principales, que puede ser superior a dos, sino, y fundamentalmente, porque no son interdependientes. Lo que viene de expresarse, implica que solo se podrá oponer la excepción de contrato no cumplido o reclamar la resolución, cuando no fuere posible obtener la finalidad, el incumplimiento de uno de los pactantes no habilita necesariamente la resolución del contrato.

En lo que respecta a la clasificación de los contratos en contratos de cambio o asociativos, en el género pactos parasociales podremos encontrar contratos de cambio; la especie convenio de sindicación encarta en la categoría contrato asociativo.

En los contratos de cambio los intereses se contraponen, de modo tal que el contrato implica el traspaso de derechos del patrimonio de uno de los contratantes al del otro; el beneficio para uno solo se sustenta en la pérdida que sufre el otro y las prestaciones que ejecuta un contratante satisface respectivamente el interés del otro.

Los contratos asociativos, en cambio, son instrumentales al fin para el que se han reunido los otorgantes. Los sindicatos podrán entonces obligarse en relación con uno o varios sujetos, con los límites que luego se analizarán y surgirán de la ley, el contrato o el estatuto social.

El convenio de sindicación importa un acuerdo de voluntades tendiente a la producción de efectos jurídicos, productor de obligaciones y puede calificarse como contrato del tipo asociativo, pues dichas obligaciones convergen en pos de la obtención de un fin común.

En el contrato de cambio, la prestación suele ser típica y determinada, mientras que en los contratos asociativos las prestaciones son proteiformes, y el beneficio se obtiene sin un perjuicio para el otro.

Los contratos plurilaterales son de ejecución continuada y son generalmente abiertos en cuanto a los componentes personales, luego de celebrado el contrato entre algunos pactantes, pueden ingresar a formar parte del mismo otros sujetos.¹⁹³

Respecto al fin común, dependerá de lo normado en el convenio de sindicación. Así podrá pretenderse incidir en la formación de la voluntad de la sociedad o en la marcha de sus negocios, dotar de estabilidad al elenco de accionistas limitando la transmisibilidad de las acciones, generar ganancias mediante la especulación respecto al valor de los títulos en la plaza, entre otros. No obstante, puede afirmarse que los sindicatos tienen una finalidad común, más allá de los diferentes intereses, que pueden individualizarse como motivos.¹⁹⁴

¹⁹³GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, t. VIII, 2ª ed., Montevideo, 1972, pp. 168-169.

¹⁹⁴MADARIAGA, J. R., *La sindicación de acciones*, op. cit., p. 10.

c) Consecuencias de la calificación del convenio de sindicación como contrato plurilateral

La calificación del convenio de sindicación como contrato plurilateral comporta que el mismo no se extinga cuando la parte ejecutó una prestación a su cargo, sino que se trata de una ejecución dilatada en el tiempo. Las prestaciones se realizan en interés común de las partes, el obrar de estas hace posible la obtención del resultado.

En tanto el cumplimiento de las otras prestaciones posibilite la consecución del fin y en el mismo orden, no es posible demandar la resolución del contrato por incumplimiento de uno de los pactantes, cuando de cumplirse las restantes prestaciones sería posible alcanzar el fin común. Cada sindicado se ve obligado respecto a todos los restantes.

Es inaplicable la *exceptio in adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus*, pues cada uno de los contratantes asume sus obligaciones frente a los restantes componentes personales del pacto, no le resulta posible pretexto la inejecución de la prestación a su cargo, en que uno de los coaligados no haya ejecutado la suya, o no lo haya hecho exactamente

Tampoco es posible de impetrarse la resolución por incumplimiento si la entidad de ese incumplimiento no se constituye en obstáculo insalvable para la consecución del fin común que origina la sindicación; esto ocurrirá, por ejemplo, si en mérito al incumplimiento no es posible obtener la mayoría a la hora de ejercer el voto en el ámbito de un órgano de la sociedad.

Asimismo, la validez o invalidez deberá apreciarse respecto a cada manifestación de voluntad, no comportando necesariamente la invalidez de una de ellas, la del contrato.¹⁹⁵

Al ocuparnos del elemento estructural causa –Capítulo quinto– volveremos sobre la distinción en el género pactos parasociales de los contratos unilaterales, bilaterales y plurilaterales.

d) La posibilidad de que se constituya por testamento

En la doctrina española, Pérez Moriones ha planteado la constitución de una sindicación. Originada en un acto de última voluntad, prevista en un testamento, se instituiría como modo, sirviendo de instrumento idóneo, a fin de, por ejemplo, asegurar

¹⁹⁵MARTORELL, E. E., *Tratado...*, op. cit., pp. 158-159.

por el testador la subsistencia de una empresa familiar, limitando la transmisibilidad de las acciones, o fijando determinados criterios de voto.

El modo crea en los herederos una obligación, en el caso, la consistente en celebrar un negocio jurídico como el que pretendió el otorgante del testamento, pero el sindicato nacerá con el otorgamiento del contrato, negocio jurídico que requiere dos o más partes por su naturaleza convencional; los otorgantes en el caso serán los obligados por el modo testamentario.¹⁹⁶

3.4. Tipicidad de segundo orden

a) Introducción

Se calificó al convenio de sindicación como un contrato. Se efectúa así una calificación de primer grado respecto a la realidad social que se toma como base, que de tipo social se eleva a tipo jurídico. Hay una tipicidad de primer orden, que reside en la calificación del fenómeno como “contrato” y se avanzó al calificarlo como contrato plurilateral asociativo.

Se puede avanzar ahora hacia una tipicidad de segundo grado, “los contratos”, y en el análisis de la organización que crea el convenio de sindicación una vez constituido, el sindicato de socios o accionistas.

El convenio de sindicación es una figura socialmente típica, resultado de la regulación y reordenación por tipos que lleva a cabo la autonomía privada, lo que supone reiteración, constancia y conciencia de que los tipos así creados, en definitiva, llegan a tener una consistencia social.

En los sistemas jurídicos relevados en el presente, solo se regula en forma concreta y específica una variante del tipo convenio de sindicación, el celebrado en conexión con una sociedad anónima; no se regulan los convenios en que las partes son socios de otras sociedades, ni los celebrados por socios de cualquier sociedad mercantil con personas que son y permanecerán ajenas a la misma.

¹⁹⁶ Cfr. MARIÑO LÓPEZ, A., *El convenio de sindicación de acciones...*, op. cit., p. 117.

Se debe estar prevenido de la diferencia entre el concepto de tipicidad y el de nominalismo; el tema del *nomen* de los contratos se afina en el Derecho romano y en las acciones que otorgaban los contratos nominados.

En el Derecho postcodificación se abrió la brecha de la nominalidad, al amparo de la atribución de competencia normativa a los sujetos de derecho, la denominada autonomía privada. Se encontrarán de este modo contratos nominados y con ausencia de tipificación legislativa, o contratos con tipicidad de regulación incompleta, o incluso con tipicidad negativa, aquellas figuras que el legislador nombra para excluir del ordenamiento jurídico.

Existen índices especiales del tipo que permiten agrupar a los acuerdos celebrados por los socios de las sociedades comerciales, entre sí o entre sí y con terceros. De las posibles categorías de convenios de sindicación, solamente se encuentra regulada en los ordenamientos que se analizan en la presente obra, la referida a los acuerdos celebrados entre accionistas de una sociedad anónima.

Respecto a los demás tipos de sociedades comerciales o para el caso de la sociedad anónima cuando participan terceros ajenos a la sociedad, persiste el amplio debate en relación con los convenios de sindicación y su admisibilidad; lo que corresponderá, en cada caso, determinar.

No cualquier pacto parasocial, celebrado entre los socios, encarta en la categoría. El convenio de sindicación supone una organización, la fijación de procedimientos para la adopción de las decisiones a lo interno de dicha organización, estabilidad y permanencia, lo que requiere la regulación de las relaciones entre los sindicados y de la forma como procederán frente a terceros, incluida la sociedad.

Esto último diferencia al convenio de sindicación, contrato de ejecución continuada, de aquellos contratos de cumplimiento instantáneo, referidos, por ejemplo, a la obligación de votar en un sentido en determinada situación, o a no enajenarle las acciones de que son titulares los pactantes a un determinado sujeto de derecho, por un cierto lapso.

El convenio de sindicación no es un contrato comercial, aun cuando algunos de los otorgantes sean personas jurídicas con comercialidad formal, como destaca en Brasil Miranda, quien agrega que el negocio se regulará por lo dispuesto en el Código

Civil, además de por lo dispuesto en la ley de sociedades comerciales, en lo atinente al acuerdo de accionistas que en varias legislaciones se encuentra regulado.¹⁹⁷

No hay tipicidad legal de configuración de los pactos parasociales, y sí una tipicidad social de algunas de sus especies, entre ellas el convenio de sindicación. La categoría pacto parasocial por su propia amplitud no cuenta con una tipicidad de regulación detallada y se caracteriza en razón de la conexidad con el contrato social y la sociedad en tanto estructura normativa, y es en esta perspectiva que se ha brindado cierta regulación, que analizamos en el capítulo segundo. Contamos con dos *nomen iuris*: el de pacto parasocial para la categoría abarcativa y una específica para su especie convenio de sindicación de socios o accionistas. A su vez, como se dijo, puede aplicarse la tipicidad por combinación a lo regulado en los pactos, donde pueden encontrarse otros contratos típicos insertos o negocios de garantía al propio pacto que cuentan con regulación, como la prenda o el fideicomiso de acciones, un contrato complejo. Hay pactos unilaterales, bilaterales o plurilaterales; de cumplimiento instantáneo o continuado.

La especie convenio de sindicación es un contrato de ejecución continuada, plurilateral, y un contrato relacional, porque no se circunscribe a una operación puntual, sino que genera un vínculo dilatado en el tiempo.¹⁹⁸

b) Distinción respecto a negocios fiduciarios, indirectos y simulados

Entre los españoles, Martínez Rosado¹⁹⁹ se detiene en este aspecto, apuntando que podría comportar la nulidad o ineficacia del negocio. Este autor releva

¹⁹⁷MIRANDA, E. A., *Execução Específica...*, op. cit., p. 18.

¹⁹⁸ Señala MARTÍNEZ OCHOA: “La teoría relacional de los contratos, desarrollada en un comienzo por el académico norteamericano Ian R. Macneil a finales de los años sesenta, cuestiona el estudio tradicional del derecho de contratos. En efecto, esta teoría tiene como objetivo primordial ampliar la visión de los contratos a partir de un enfoque interdisciplinario –en especial sociológico– que permita conseguir tanto descripciones acordes con las relaciones contractuales contemporáneas, como nuevas propuestas para planificar, enseñar, interpretar o regular los contratos de conformidad con la realidad que develan esas mismas descripciones. Adicionalmente, una perspectiva semejante defiende la fragmentación del derecho de contratos de manera que las distintas modalidades de contratación que surgen en el mundo de los negocios encuentren reglamentaciones eficientes y conformes con sus finalidades económicas. Por último, se analiza como consecuencia de este enfoque el papel que juegan las normas sociales, entre ellas la costumbre y los usos comerciales”. MARTÍNEZ OCHOA, S., “Teoría Relacional de los contratos: una visión alternativa del derecho de los contratos”, *Revista de Derecho Privado*, N° 35, diciembre, 2005, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia, pp. 203-229.

que con base en la causa, la doctrina italiana de mitad del siglo pasado analizó si el contrato parasocial podría encajar en la categoría “negocio anómalo”, siguiendo la clásica obra de De Castro, que agrupa las tres variantes.²⁰⁰

El planteo consiste en indicar que los pactos sociales tienen por objeto completar o modificar algunos aspectos de la regulación de las sociedades al margen del contrato estatuto social y en tanto se pretende “lograr su oponibilidad frente a la propia sociedad, ¿no estaremos dentro de los llamados negocios indirectos, fiduciarios, simulados o incluso dentro de lo que conocemos como fraude de ley?”.

Advierte el autor que de responderse de forma afirmativa dicha cuestión, esto implicaría afirmar con carácter general que con el pacto parasocial se consigue un resultado prohibido por la ley.

Cabe distinguir la simulación, supuesto en que se busca perjudicar a terceros a través de la creación de negocios aparentes que encubren situaciones de ilicitud, situación sobre la que se confiere a los perjudicados acciones para que quede en evidencia la realidad subyacente, de situaciones en las que se verifica un negocio en fraude a la ley, negocio auténticamente querido por las partes y consecuentemente no simulado. El problema con el negocio en fraude a la ley reside en que se utiliza para lograr indirectamente un fin prohibido. Se encuentran como subcategorías el negocio indirecto y el fiduciario, se aprecia en ellos como característica común lo que la doctrina denomina abuso de la función instrumental, que puede asumir como finalidad última el fraude a la ley, cuando en verdad lo que se persigue es la burla de disposiciones legales prohibitivas. El negocio fiduciario se diferencia del indirecto en que se trata de un negocio atípico, lo que plantea en doctrina el problema de la llamada *causa fiduciae*.²⁰¹

Respecto a la simulación, esta consiste en un comportamiento de los simulantes, que hacen creer al resto que existe un negocio que en realidad no existe (negocio simulado), sea para parapetar otro que si reúne los elementos necesarios existe (negocio disimulado) o porque directamente quieren crear, mediante ese proceder, la apariencia de un contrato que no existe (negocio simulado). Excede los límites del presente ingresar al tradicional debate entre posturas declaracionistas y voluntaristas.²⁰²

¹⁹⁹MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., pp. 71-77.

²⁰⁰DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1985 –reimp. de 2002–, pp. 329 a 457, apud MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., pp. 71-77.

²⁰¹GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, t. XIII, Montevideo, 1976, p. 189 y ss.; BLENGIO, J., “El negocio en fraude a la ley”, *ADCU*, t. XV; SZAFIR, D. – VENTURINI, B., “La Jurisprudencia ¿acepta el Principio ‘El fraude todo lo corrompe’?”, en *ADCU*, t. XIX, p. 149.

²⁰²GAMARRA, J., *Tratado de Derecho...*, t. XIII, op. cit., pp. 7-132.

En los pactos parasociales que generan obligaciones que conforman un sinalagma, o en los unilaterales donde la causa es la mera liberalidad del bienhechor, queda en evidencia que ni el pacto parasocial ni el contrato de sociedad constituyen negocios simulados. Podría merecer análisis el supuesto en que se presentara a la sociedad como negocio simulado, para disimular la conformación de un convenio de sindicación; ahora bien, si el convenio de sindicación creado reúne los elementos con los que lo hemos tipificado, sale de la situación de simulación, ambos negocios son queridos y el discurso de los otorgantes resulta plenamente plasmado.²⁰³ Justamente supone obrar dentro de los límites del orden público y conforme lo previsto en el contrato social, ampliando o detallando la regulación de aquel, si se lo contradice, será obligatorio lo edictado en el contrato social. En nada se relaciona lo que viene de analizarse con el hecho de que el pacto parasocial sea conocido o no por los terceros, o que se inscriba como en ciertos pactos entre accionistas, en Brasil y Uruguay, para resultarles oponibles, o que como ocurre en las sociedades cotizadas españolas, la publicación de determinados pactos sea preceptiva.

Con referencia a los negocios fiduciarios, Oppo aludía como ejemplo de situaciones que ameritarían este tipo de calificación, el permitir a un acreedor que obtenga el control de la sociedad a través de un pacto interno, o la creación fiduciaria por un pacto parasocial de otra forma de distribuir utilidades o el pacto que prevé una distribución de los beneficios, o la atribución de las facultades de gestión de manera distinta a la prevista en la ley o en los estatutos sociales.²⁰⁴

El argumento consistente en indicar que todo pacto parasocial implica o presupone un cierto grado de fiducia o confianza entre sus otorgantes, no es de recibo, puede existir confianza o absoluta desconfianza que dé mérito a una regulación pormenorizada. La posibilidad de no cumplir, está presente en cualquier contrato, justamente la situación de obligación es aquella que constituye el presupuesto de una norma sancionatoria si otro sujeto así lo requiere. Ahora bien, si existe confianza, también se podrá cumplir o no cumplir. Tampoco tiene relevancia, a mi juicio, la

²⁰³FARENGA, L., “Contratti Parasociali”, *op. cit.*, p. 306; MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, pp. 77-78.

²⁰⁴OPPO, G., *Contratti Parasociali*, *op. cit.*, pp. 63-64.

mención de que el pacto parasocial muchas veces no es cognoscible por terceros, esto es común en todos los contratos que no se inscriben.

Lo relevante en el caso es que aquí no hay un negocio secreto que imponga una determinada conducta diversa de la que impone el pacto parasocial, contrato que crea las obligaciones que surgen de las normas, que ingresa al sistema como cualquier otro.

Respecto a la especie convenio de sindicación puede agregarse que la tipicidad de este último como contrato plurilateral asociativo hace imposible que encarte en un negocio fiduciario, por cuanto, no es posible distinguir entre fiduciante (el que transfiere una situación jurídica activa) de fiduciario (el que deviene titular de una situación jurídica activa con un determinado fin).²⁰⁵

El negocio indirecto es aquel inmaculado, pero que procura un fin prohibido por la ley. Como ejemplo de cátedra se menciona clásicamente, la situación en que se busca eludir las tasas de intereses máximos en los sistemas que prevén la usura. El deudor vende al prestamista un bien por un precio, que es el monto que en realidad necesita y se pacta la retroventa por otro precio mayor, la diferencia entre el primer y el segundo precio es el valor por la utilización del dinero; la compraventa y la opción de retroventa son queridas, y están secundadas por el ordenamiento. Sin embargo, el esquema contractual se utiliza para eludir una norma prohibitiva. El negocio es nulo no por ser simulado, sino por violar una norma prohibitiva una prohibición material.

Calificado de esta forma el negocio indirecto, cabe preguntarse si el pacto parasocial, y concretamente la especie convenio de sindicación, ingresan en dicha categoría.

La respuesta es negativa. En efecto, en ningún caso podrá dirigirse a un fin diverso del suyo típico el pacto, situándose la cuestión de las disposiciones contrarias a la ley en sede de objeto.²⁰⁶

Un ejemplo planteado en la doctrina es el del director “títere”, que en vez de comportarse conforme la diligencia media exigible, se obliga a votar siempre según instrucciones de un accionista o un tercero; en ese caso, a mi juicio, tampoco encarta la situación en un negocio indirecto, caracterizado por la licitud aparente y el reproche de

²⁰⁵Cfr. FARENGA, L., “Contratti Parasociali”, *op. cit.*, pp. 298 y 299.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 300. En contra, MARTÍNEZ ROSADO, J., para quien “[...] no es incompatible con el hecho de que, a través del cauce social, se elude o puedan eludirse preceptos o principios de carácter imperativo, en cuyo caso el negocio indirecto o el fraude de la ley afloran”. MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 77.

fondo, en tanto directivamente, la objeción se centra en el objeto, que dependiendo del caso y de lo concretamente regulado podría resultar ilícito.

c) Distinción del contrato de *joint venture*

En el Derecho angloamericano, los términos *joint venture agreement* y *share holders agreement* son usados como equivalentes.²⁰⁷

Sin embargo, varios autores ingleses reservan el término *joint venture* para aquel contrato donde se regula el inicio de la actividad conjunta, en condiciones de la colaboración, las contribuciones de las partes, y otros aspectos de la iniciativa empresarial, que desea canalizarse a través de la regulación del establecimiento de una empresa conjunta. En dicho contrato se detallan las condiciones de la cooperación. En cambio, el pacto parasocial está suscrito por los accionistas o futuros accionistas, con el fin de regular las relaciones entre aquellos en su condición de socios de la empresa conjunta a constituirse en los términos pactados en el contrato de *joint venture*. Feliu indica que a su juicio, el contrato de coinventora es un concepto más amplio que el de *share holders agreement*, y que aquel podría englobar a este.

El contrato de *joint venture* incluye disposiciones que se reflejarán posteriormente en los estatutos de la sociedad que se constituya para instrumentar la empresa conjunta y otras que se quedarán al margen, pudiendo recogerse en pactos parasociales.

Dicho contrato puede operar como un contrato preliminar del contrato social, de posibles pactos parasociales, marco regulador de la cooperación empresarial o de la alianza estratégica entre los socios. Incluso, se podría dar el caso hipotético de celebrar un contrato de *joint venture* donde todas sus estipulaciones se incluyan en los estatutos, y en ese caso no existiría un pacto parasocial. Incluso asumido como un contrato preliminar, otorgados los respectivos contratos de sociedad y los pactos

²⁰⁷HEWITT, I., *Joint Venture*, 4ª ed., Ed. Thomson-Sweet & Maxwell, London, 2008, p. 46, p. 121 y ss.; REECE THOMAS, K. y RYAN, C., *The Law and Practice of Shareholders' Agreement*, Ed. Butterworths, London, 2007, p. 16 y ss.; RUTABANZIBWA, A. P., "Shareholders' agreements in corporate joint venture and the law", en *Company Lawyer*, 17(7), 1996, p. 194 y ss. Todos ellos, *apud* FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, *op. cit.*, p. 147.

parasociales que regulen los restantes aspectos, según lo convenido en el contrato de *joint venture*, se habría extinguido por cumplimiento de sus obligaciones.

En España, Galeote Muñoz señala que “muchos de los acuerdos convenidos entre los socios que no pasen a estatutos en el momento de constituirse la sociedad se convierten en ‘pactos parasociales’; en este sentido resulta muy gráfica la comparación que, en términos aristotélicos, equivaldría a decir que el contenido en potencia del acuerdo preliminar de *joint venture* se pasa al pacto parasocial ya como acto”.²⁰⁸

En cambio, para Paleau y Feliu Rey el contrato base de *joint venture* es calificado de un “acuerdo metaestatutario”, negando su calificación como pacto parasocial. Lo asumen, según entiendo, como un acuerdo marco, con una causa única cuya instrumentación puede desplegarse en diversos actos: los estatutos de la sociedad conjunta, posibles pactos parasociales y otros negocios que hacen operativa la colaboración.²⁰⁹

A mi juicio existen dos posibilidades al respecto, o el contrato de *joint venture* tiene el contenido de contrato preliminar respecto a los pactos parasociales y luego se otorga en cumplimiento del mismo el contrato definitivo, el pacto parasocial de que se trate; o en su caso, el contrato de *joint venture* abarca dos tipos contractuales, un contrato preliminar, que contiene obligaciones de hacer, de otorgar el contrato definitivo de sociedad, y un pacto parasocial, que por la conexidad con el contrato social, solo desplegará eficacia al otorgamiento del contrato de sociedad.²¹⁰

d) Calificación de la agrupación de personas

d.1) Introducción

Un aspecto a dilucidar es si el contrato da origen a una sociedad, o en términos “contractualistas”, si el contrato es pasible de calificarse como contrato de sociedad, o es una asociación que no reviste el carácter de sociedad.

²⁰⁸GALEOTE MUÑOZ, M. P., *Sindicatos de voto. El control en una sociedad conjunta*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 71; *apud*FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, *op. cit.*

²⁰⁹PAULEAU, C., *El régimen jurídico de las “jointventure”*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 274; FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, *op. cit.*, p. 147.

²¹⁰ Se aprecia que el debate convoca el dado para el contrato de *factoring* asumido como contrato preliminar, o definitivo, o marco. Al respecto puede consultarse AMORÍN, M. – PIRIZ, J., “El Contrato de Factoring o Factoraje en el Derecho uruguayo”, en *Rev. Crítica de Derecho Privado*, Nº 2, año 2005, Montevideo, pp. 157-182.

Si se postula que se trata de una sociedad, corresponde determinar el tipo, si civil o comercial; si se desprecian estas alternativas, en último término, se debe precisar si estamos en presencia de una figura distinta.²¹¹

De concluirse que no corresponde específicamente a ninguno de estos tipos contractuales, corresponde discernir qué régimen jurídico se encuentra más próximo a la figura, de modo de analizar la aplicación de soluciones contenidas en las normas que regulan un tipo contractual al convenio de sindicación.

En el Derecho argentino, luego del dictado del CCyCo, como se analizó en el capítulo anterior, resultan aplicables al convenio de sindicación las normas en materia de contratos plurilaterales asociativos de organización, según se analizó en el Capítulo segundo, aunque la tipicidad de regulación puede no resultar completa, por lo que la cuestión persiste; en los restantes sistemas que no regulan con carácter general estos tipos negociales la cuestión se mantiene enhiesta.

d.2) El convenio de sindicación como asociación civil - inadecuación

Una primera respuesta podría ser la consistente en que se trata de asociaciones. La asociación es definida como “toda unión voluntaria de personas que, de un modo durable y organizado, ponen sus esfuerzos para conseguir un objetivo determinado”. Hasta aquí podría entenderse que estamos en presencia de una asociación, y así lo ha postulado tradicionalmente en la doctrina argentina Zaldívar y más recientemente Molina Sandoval.²¹²

El primero indica que el sindicato carece de personería jurídica; se crea de manera estable por un lapso determinado y con un objeto definido, funcionando según el contrato constitutivo, sin que los socios participen en ganancias o soporten pérdidas como consecuencia del negocio parasocial, y agrega que las obligaciones se transmiten *mortis causa* y, por otro lado, pensando en el requisito de revestir cierta calidad para ser asociado. El requisito en esa perspectiva es ser socio o accionista, lo que, como veremos, no es de recibo.

²¹¹ En Uruguay, se ha ocupado del asunto HOLZ, E., *op. cit.*, p. 122.

²¹² ZALDÍVAR, E., “Los sindicatos de acciones”, *op. cit.*, p. 989, si bien luego refiere a sindicatos de control con personería jurídica en tanto operan como sociedades, lo que complejiza su conclusión; MOLINA SANDOVAL, C. A., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 379-379.

Molina Sandoval señala al analizar los sindicatos de accionistas que “el sindicato accionario es una asociación”. Funda el aserto indicando que si bien en las asociaciones el asociado puede abandonarlas cuando lo crea conveniente y en el sindicato no, la permanencia obligatoria no es una característica del tipo negocial; y que en el convenio puede pactarse que los sindicatos se retiren notificándolo o –añade– “abonando una determinada multa”. Agrega que puede el sindicato –en caso de que no existiese transmisión de títulos– incumplir con las pautas del contrato plurilateral, sometiéndose a las consecuentes acciones a iniciar por el resto de los sindicatos; luego, respecto al argumento que por comodidad verbal llama “democrático”, indica que si bien se puede admitir, con algún grado de flexibilidad verbal, que en la asociación rigen los principios “de mayor pureza democrática”, aceptar ello no quiere decir que el sindicato accionario no esté signado por la obligatoria deliberación y la toma de decisiones por mayoría o, como exige calificada doctrina italiana, por unanimidad. Agrega que el hecho de que el sindicato puede conceder poderes al síndico –aun de carácter irrevocable– tampoco exime al grupo de sindicatos de fijar sus decisiones en forma mayoritaria. Sucede con frecuencia que en los convenios de tales características se pacte que el representante del sindicato debe dar cumplimiento a lo resuelto en las reuniones de sindicatos; por lo que en definitiva, serán los mismos sindicatos, previa decisión por mayoría –o unanimidad–, los que otorgarán el poder al representante –mero vehículo de la voluntad sindical–, a los fines de cumplir con su finalidad común.²¹³

Se asimilan los sindicatos a asociaciones, porque carecen de personería jurídica, sin perjuicio de que puedan estas últimas obtenerla. Se crean por un lapso en general prolongado con un objeto determinado. Las obligaciones de los socios consisten en participar en las reuniones y cumplir con lo que surge de los términos del contrato, no se extinguen por muerte o interdicción de alguno de sus miembros. No existe en este tipo de organizaciones reparto de ganancias o excedentes de percepción; y siguiendo a Ascarelli, se requiere revestir una determinada calidad, la de accionista –o socio– de la sociedad a la que la sindicación se vincula.

Madariaga señala que percibe entre la asociación y el sindicato una semejanza en la ausencia de participar de eventuales ganancias, en el marco de la ausencia de finalidad lucrativa (permítase anotar, al menos en forma directa); pero

²¹³MOLINA SANDOVAL, C. A., *Tratado...*, op. cit., pp. 378-379.

siguiendo a Pedrol, destaca el autor en cita la libre membresía de las asociaciones, caracterizadas por la posibilidad de desvincularse en cualquier tiempo y la mayor pureza democrática de la asociación (un miembro un voto), lo que las aleja del sindicato. En el mismo sentido, Ferrara destacaba la que denominaba fluctuación perenne de los sujetos que componen la asociación.²¹⁴

Indicaba Duque Domínguez que los negocios asociativos atípicos –entre los que se encuentra el convenio de sindicación de socios– se deben regir por las normas de las asociaciones. Bérghamo postuló que los convenios de sindicación debían situarse en una zona intermedia entre la asociación y la sociedad.²¹⁵

En la doctrina estadounidense, Horstein, analizando las normas societarias del Estado de Nueva York, señaló que cualquier accionista de la sociedad que contaba con un *voting trust*, el que como se vio se debía depositar en la compañía, podía sumar sus acciones al *voting trust*, integrándose de este modo al sindicato, con lo que se creaba de este modo un sindicato abierto. Esto, podría sostenerse, aproxima la figura a la asociación; sin embargo, luego de integrado, el sindicado se encuentra obligado a respetar el plazo pactado en el convenio, no puede egresar cuando le plazca.

Sobre los argumentos de Molina, en cuanto a que “la permanencia obligatoria no es una condición esencial del pacto de sindicación”, podrá ser una característica que usualmente se observe en pactos de tal naturaleza, pero no es un requisito tipificante, tal condición dependerá de lo acordado contractualmente. Añade que puede pactarse la posible desvinculación con un preaviso o abonando una multa, incluso puede el sindicado –en caso de que no existiese transmisión de títulos– incumplir con las pautas del contrato plurilateral, sometiéndose a las consecuentes acciones a iniciar por el resto de los sindicados.

Esta argumentación no resulta a mi juicio de recibo, a partir del enunciado siguiente: en las asociaciones, el asociado tiene un derecho subjetivo a abandonarlas cuando lo estime conveniente, que por supuesto puede ser regulado, pero no es susceptible de ser abdicado y este es un índice especial del tipo negocial asociación. Esto no ocurre en los convenios de sindicación.

²¹⁴ Entre los uruguayos hace suyas estas opiniones HOLZ, E., *op. cit.*, pp. 121-122.

²¹⁵ MAMBRILLA RIVERA, V., *Caracterización jurídica...*, *op. cit.*; BÉRGHAMO, A., *Sociedades Anónimas*, vol. II, Madrid, 1972, p. 510.

En lo que dice relación con el argumento del privatista argentino, respecto a la posibilidad de desvincularse lícitamente mediante aviso “con cierto lapso de anticipación”, denota, justamente, que es trascendente en términos de tipicidad contractual la permanencia y de allí el cierto lapso necesario para desvincularse.

En cuanto al argumento que se refiere al incumplimiento del convenio de sindicación, cabe puntualizar que justamente en la asociación, por existir un derecho subjetivo a abandonarla cuando el asociado lo estime conveniente –más allá de que se regule su ejercicio–, resulta imposible que la conducta del asociado cuando solicita su desafiliación ingrese en el supuesto de hecho de una norma sancionatoria generando responsabilidad civil. También ha señalado este autor argentino-cordobés que el argumento sobre la diferencia entre el convenio de sindicación y la asociación civil por el control democrático de los miembros en esta última y el voto en función del capital en el convenio puede rebatirse, a estos efectos indica que las decisiones en el sindicato se adoptan también por mayoría. En cuanto a este argumento, que ese autor denomina “democrático”, afirma que en la asociación “rigen los principios de mayor pureza democrática”, pero ello no quiere decir que en el sindicato accionario no esté signado por la obligatoria deliberación y toma de decisiones por mayoría o por unanimidad, como exige calificada doctrina italiana.

No se comparte esta afirmación, pues la denominada pureza democrática de la asociación alude a que cada socio cuenta con un voto, en cambio, entre los socios o accionistas sindicados los votos dependen del capital u otras consideraciones económicas; por lo que no hay democracia alguna. Una diferencia se sitúa en la fuente de poder, la magnitud del capital, en un caso, la mera pertenencia en otro. La democracia en las asociaciones tiende a asegurar la efectiva y directa participación del asociado. Finalmente, la singularidad de voto por asociado, imperante en las asociaciones, torna inaceptable, a nuestro juicio, la tesis que se critica.

d.3) El convenio de sindicación como sociedad comercial - inadecuación

Las sociedades comerciales son caracterizadas en el Derecho occidental contemporáneo como sociedad comercial cuando dos o más personas físicas o jurídicas se obliguen a realizar aportes para aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada, con el fin de participar en las ganancias y soportar las pérdidas que ella

produzca; luego la ley confiere personalidad jurídica a las sociedades comerciales, creando un sujeto de derecho distinto de los socios.

El conjunto de aportes realizados por los socios es el medio que posibilita el desenvolvimiento de la sociedad y ese conjunto de aportes constituirán luego el capital social.

Cabe preguntarse si puede entenderse en el convenio de sindicación que el aporte podría consistir, en el caso de las sociedades por acciones, en la entrega de los títulos representativos.

En este caso, corresponde desbrozar dos situaciones. Si se entregan los títulos en garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas, no habrá aporte alguno sino, justamente, un negocio de garantía. Cuando el socio efectúa un aporte en una sociedad comercial, en cambio, paga en cumplimiento de la obligación asumida, la que extingue haciendo tradición de lo aportado. Si la entrega se hace transfiriendo la propiedad, quien entrega no lo hace en cumplimiento de un aporte, sino por otra causa que habrá que procurar en el contenido del contrato del que surge la obligación que se extingue con la entrega.

En el sindicato de bloqueo puro resulta más difícil aún percibir la existencia de aporte alguno, en tanto lo que allí se asumen son obligaciones de no hacer –no enajenar–.²¹⁶

Resulta evidente el desajuste entre la sindicación y la definición legal de sociedad comercial, en tanto de la ley se infiere la obligación de realizar aportes evaluables en dinero, bienes, destinados a una actividad comercial organizada.

En el sindicato no existen bienes que sean susceptibles de formar el patrimonio social. Tampoco una actividad comercial organizada es compatible con el concepto de convenio de sindicación; la finalidad de la sociedad y la del sindicato son distintas. En la primera, es participar en las utilidades y soportar las pérdidas que pueden originarse en razón del giro social, mientras que en el sindicato, los beneficios para los participantes no consisten en la distribución de utilidades.²¹⁷

²¹⁶MADARIAGA, J. R., *La sindicación de acciones*, op. cit., pp. 22-23.

²¹⁷HOLZ, E., op. cit., pp. 121-122.

La calificación como figuras societarias de los sindicatos no resulta admisible tampoco, en tanto no existe el aporte de bienes o servicios, y en los casos en que, como en el sindicato accionario, las participaciones sociales se someten a un control único, esto no tiene como finalidad producir bienes o servicios.

El fin lucrativo, entonces, es indirecto en los convenios y los mismos no están destinados a producir un beneficio que derive de las actividades que se realizan en el marco de dichos convenios.

Las participaciones afectadas continúan perteneciendo a los socios o accionistas y no se crea una entidad jurídica nueva, susceptible de ser disuelta. En definitiva, de ninguna forma es asimilable el sindicato de socios o accionistas a una sociedad comercial.

d.4) Convenio de sindicación distinción de la sociedad civil

Respecto a la distinción de la sociedad civil, en España, ante normas similares a las vigentes en nuestro país en materia de sociedad civil, hay quien ha postulado que los convenios de sindicación, al menos el de acciones, constituyen una sociedad de este tipo.

Así, Garrigues sostiene que los convenios de sindicación, al menos los de voto, son contratos de sociedad civil. Señala este autor que la puesta en común reside en las partes sociales sindicadas, lo que se ve más claramente aún en el caso de acciones, y el beneficio emergería de las ventajas o provechos obtenidos en los negocios sociales. Como consecuencia de la labor del sindicato escribió el jurista: “¿Por qué se sindicán? Se sindicán precisamente para mejorar los negocios y el rendimiento de la sociedad. Y si se sindicán para esto, yo creo que, implícitamente, se da [...] el ánimo de repartir una ganancia”. Y más adelante dijo: “En suma, estos sindicatos de mayoría pueden calificarse como sociedades”.²¹⁸

Obsérvese que en el caso de los sindicatos financieros, esto se apreciaría con mayor claridad, pues el beneficio consistiría en la variante entre el precio que se obtendría en la venta de las acciones de no haberse pactado y lo que en definitiva se obtiene luego de su colocación a través de la sindicación.

²¹⁸GARRIGUES, J., “Sindicato de Accionistas”, *op. cit.*, p. 80.

El autor en cita parte de un concepto amplio de ánimo de lucro, que engloba cualquier ventaja o provecho patrimonial apreciable en dinero, aunque no consista en un beneficio repartible.

El art. 1875 del Código Civil uruguayo dispone que la sociedad civil es un contrato en el que dos o más personas estipulan poner algo en común con miras de repartirse entre sí los beneficios que de ello provengan. El art. 1665 del Código Civil del Reino de España reza: *“La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”*.

En Uruguay ha destacado Holz que el art. 1877 del Código Civil requiere el aporte de algún bien susceptible de estimación pecuniaria en la sociedad civil, en el sindicato no se da ese aporte; asimismo agrega que los beneficios a que hace mención la definición del art. 1875 son, a tenor de lo dispuesto en el art. 1878, aquellos apreciables en dinero, lo que tampoco se da en el sindicato.

Al constituir entonces la aportación de algún bien uno de los elementos tipificantes del contrato de sociedad, al igual que el ánimo de lucro, y en tanto los sindicatos carecen de ambos, no son pasibles de subsumirse como un tipo de sociedad civil.

La participación en los beneficios y la afectación de los aportes a soportar las pérdidas refieren a la esencia del contrato y coadyuvan a la construcción del tipo contractual.

Asimismo, el beneficio en la sociedad civil debe ser en dinero o en valores apreciables en dinero, ya que la finalidad de la sociedad consiste en ejercitar en común una actividad económica.²¹⁹

Para el caso de los sindicatos de voto, la finalidad de incidir en los negocios de la sociedad u orientar su rumbo, en procura de una mejora de las utilidades, queda fuera del ámbito de la causa del convenio de sindicación y puede considerarse en el terreno de los motivos, irrelevante para realizar la tipificación de una figura. En conclusión, no se da ninguno de los extremos, ni los aportes, ni la finalidad de lucro.

²¹⁹ Cfr. CERRUTI AICARDI, H.J. *Contratos Civiles*, p. 350.

Para los convenios financieros –aunque alguien pudiera discutir respecto a si existe finalidad de lucro– no hay aportes, por lo que tampoco en este caso hay sociedad civil.

e) Tipicidad social y legal incompleta (para el caso de las sociedades anónimas)-aplicación en subsidio de las normas legales sobre sociedad civil en los sistemas brasileño, español y uruguayo y sobre contratos plurilaterales en el argentino

Luego de referir a los óbices para subsumir al convenio de sindicación en otras especies dentro de los fenómenos asociativos, alguna doctrina ha sostenido que dicho contrato no encaja en ninguna de las referidas figuras, constituyendo un tipo asociativo distinto.

En relación con el sindicato de accionistas, pero en conclusión aplicable a cualquier otro, Madariaga expresa que se trata de un contrato plurilateral de organización de carácter parasocial, con elementos atípicos muy importantes, que no se sujeta a los esquemas clásicos de la sociedad o la asociación, lo que da “vitalidad” a la figura.²²⁰

Para Mascheroni y Muguillo es un acuerdo plurilateral que organiza una forma asociativa carente de la calidad de sujeto de derecho –aunque generalmente llamada sindicato–, donde no existe un fin de lucro específico, ni pretensión de obtener utilidades determinadas para distribuirlas entre los componentes, distinguiéndose así de la sociedad en que no existen aportaciones en común a un fondo especial de titularidad de un ente o sujeto distinto, sino que se presenta como una estructuración organizada en miras a un objeto definido.²²¹

En la doctrina española, Fernández del Pozo califica desde dos perspectivas el fenómeno: en lo externo, como un negocio parasocial; en cuanto a su conformación, como un contrato plurilateral de organización asociativo en sentido amplio y generalmente atípico. Al analizar los convenios de sindicación para el voto, Pérez Moriones los califica como contratos asociativos en sentido amplio, destacando el fin común e inmediato de influir en la voluntad social y su promoción por los sindicatos.²²²

En Uruguay, Rippe, comentando el art. 331 de la ley LS uruguaya, afirma que descarta toda posibilidad de existencia de una asociación o sociedad, fundando su

²²⁰MADARIAGA, J. R., *La sindicación de acciones*, op. cit., p. 26.

²²¹MASCHERONI, H. – MUGUILLO, R., *Régimen jurídico del socio...*, op. cit., p. 202.

²²² Refiere solo a los que califica de bilaterales o plurilaterales, al analizar la causa ingresaremos en estas calificaciones.

aserto en que no se crea una entidad social con o sin personalidad jurídica, ni se dan los elementos y caracteres configurativos de las mismas; agrega que el concepto de actos colectivos o complejos en sí mismos nada indican sobre la naturaleza jurídica de esos convenios y generalmente muestran las dificultades de su adecuada categorización.

Se inclina Rippe por la naturaleza contractual, solución que a su juicio se derivaría de las propias expresiones del legislador uruguayo, de la reglamentación legal y de los derechos, las obligaciones y las responsabilidades que de él emergen. Puntualiza que el concepto de contrato parasocial tiene una significación relativa en cuanto solo indica que se trata de un contrato ligado al contrato principal de sociedad por un vínculo de accesoriedad.

Puntualiza el recordado privatista en cita que el tradicional contrato de cambio no es una figura que permita encajar los derechos, las obligaciones y las responsabilidades que resultan de la sindicación de acciones, por lo que podrían ser más adecuados los conceptos de contrato plurilateral de organización o de contrato asociativo, sin perjuicio de acentuar la que identifica como particularidad contractual para todos los efectos de la interpretación e integración de los convenios específicos.²²³

Luego de marcar las diferencias entre el convenio de sindicación y la asociación, en concordancia con lo señalado por Pedrol y Madariaga, plantea en Uruguay Holz que el convenio de sindicación es “una figura atípica que presenta semejanzas en algunos puntos con la asociación, pese a que coexisten rasgos atípicos que impiden su asimilación a esta”.²²⁴

En tanto, Hargain indica que “atendiendo al número de partes que lo celebran los fines perseguidos y las obligaciones que contraen, el sindicato de socios encuadra en la categoría de los contratos plurilaterales de organización”.²²⁵

La tipicidad legal del instituto es incompleta, y descartadas las opciones de subsunción en alguno de los tipos negociales antes analizados, se presenta la decisión respecto al Derecho supletorio a aplicarse.

²²³RIPPE, S., *Sociedades Comerciales. Ley 16.060*, 8ª ed. ampliada y actualizada, Montevideo, Ed. FCU, 1999, p. 145.

²²⁴HOLZ, E., *op. cit.*, p. 123.

²²⁵HARGAIN, D., “Sindicación de socios”, *op. cit.*, p. 266.

Se dijo que el convenio de sindicación participa de los caracteres fundamentales de los contratos plurilaterales, según lo que ya se viera, en tanto refiere a una realidad distinta de la mera conmutación; pueden haber más de dos partes y el régimen de la nulidad vincular es, por principio, independiente de la nulidad del pacto mismo, entre otras consecuencias.

Pérez Moriones expresa, en relación con los convenios de sindicación para el voto, que la prestación más relevante en la figura es la colaboración para la consecución del fin, en lo referido a la especie que analiza, la incidencia en la formación de la voluntad de la sociedad, por lo que caracteriza dicha especie de convenios –en conclusión que parece resultar trasladable al género– como contratos societarios de colaboración o gestión colectiva atípicos de naturaleza civil.

Luego de las normas del propio convenio, generadas por la actuación de las partes en ejercicio de la autonomía privada, entiende Pérez Moriones aplicable en forma supletoria, la regulación prevista para el contrato de sociedad civil.²²⁶

Fernando Pantaleón Prieto puntualiza que en los contratos asociativos atípicos o en las normativas incompletas de los tipos especiales de las sociedades de personas, serán las normas que regulan la sociedad civil las aplicables, constituyendo estas un prototipo modificable por la autonomía de la voluntad.

Afirma el catedrático español en cita: “A poco que se reflexione sobre los casos de fenómenos asociativos atípicos [...] se alcanzará naturalmente la conclusión de que lo único adecuado a las expectativas normativas de las partes es la aplicación de las normas reguladoras de la sociedad civil a las relaciones existentes entre ellas. Sería manifiestamente inapropiado, representaría una injustificable violencia de la autonomía de la voluntad aplicarse las normas de la ley de Asociaciones”, y agrega: “... cabe afirmar que el de sociedad contractual o sociedad en sentido estricto no es un mero concepto doctrinal ordenador, sino un prototipo normativo, configurado por los elementos característicos, presentes en todos los tipos legales de las sociedades de personas [...] y cuya disciplina, habida cuenta del carácter formalizado de los tipos de sociedades mercantiles (‘formas sociales’ en sentido propio, de carácter externo y habitualidad o continuidad en la actividad) se halla en normas reguladoras de la sociedad civil, exceptuadas aquellas que responden a los restantes elementos configuradores del tipo legal de sociedad civil (mero ‘tipo de referencia’), esto es el

²²⁶PÉREZ MORIONES, A., “Los sindicatos de voto para la junta general de la Sociedad Anónima” *op. cit.*, pp. 379-383; MARIÑO LÓPEZ, A., *El convenio de sindicación de acciones...*, *op. cit.*, p. 134.

carácter externo (la personalidad jurídica) y el patrimonio común. Dicha disciplina es el ‘Derecho Común’ de las agrupaciones organizadas según esquemas personalistas: será la propia de los aquí llamados fenómenos asociativos atípicos”.²²⁷

Sobre el género pacto parasocial, Feliu Rey, en España, señala: “Por el supuesto más común es que sean contratos bilaterales o sinalagmáticos, de tracto sucesivo, y contratos plurilaterales, no en el sentido de la existencia de varios sujetos, sino respecto a la finalidad que trata de conseguir, alcanzar un fin común”. Para esta última variante que encarta en la categoría convenio de sindicación agrega este autor: “En este último sentido el pacto tendrá la consideración de una sociedad interna aplicándosele la normativa de la sociedad civil”.²²⁸

De acuerdo con lo analizado hasta ahora, puede concluirse que el convenio de sindicación es un contrato con tipicidad social, desde la práctica de los operadores se va conformando un tipo por la reiteración de la regulación que los particulares dan a la figura, en la práctica profesional se va imponiendo una determinada regulación, especie caracterizada por la generación de una estructura organizativa dentro del género pacto parasocial.

Esto tiene fundamental incidencia en el plano de las consecuencias, pues para lo no regulado habrá que acudir a la integración por medio de los usos y costumbres.

El CC español establece en su art. 1287 que el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en estos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse.

El art. 1303 del CC uruguayo indica que las cláusulas de uso común deben suplirse en los contratos, aun cuando no se hallen expresadas en ellos.

Sin embargo, tal posibilidad de integración de lo socialmente típico en materia de convenios de sindicación resulta dificultosa en el Derecho argentino, pues el

²²⁷PANTALEÓN PRIETO, F., “Asociación y Sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)”, en *ADCE*, 1993, pp. 46-47. En el mismo sentido se pronunció antes, en la doctrina de aquel país, PAZ-ARES, C., “Ánimo de lucro y concepto de sociedad”, en *Derecho Mercantil de la CEE, Estudios en Homenaje a José Girón Tema*, Madrid, 1991, pp. 740-750, citado por PANTALEÓN, *op. y p. cit.* Este es un asunto de enorme trascendencia práctica. Cabe plantearse, entre otras, la cuestión siguiente: ¿de qué manera y con qué límites opera la resolución parcial del pacto de sindicación? En Argentina, BUTTY propone la aplicación analógica de las normas sobre exclusión de la ley de sociedades comerciales de su país.

²²⁸FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, *op. cit.*, pp. 131-133.

CCyCo, en su art. 964 establece que el contenido del contrato se integra, luego de las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las incompatibles con aquellas, y con las normas supletorias, por los usos y prácticas del lugar de celebración, pero en cuanto sean aplicables, y para ello es necesario que hayan sido declarados obligatorios por las partes o que resulten ampliamente conocidos y sean regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, a lo que adiciona para pueden no considerarse si su aplicación resulta “irrazonable”.

En el Derecho brasileño no se cuenta con una norma similar; Sin embargo, el art. 113 del CC brasileño en su inciso final se refiere a la posibilidad de las partes de insertar reglas para el completamiento de “*lacunas e de integração dos negócios jurídicos*” diversas de aquellas previstas en la ley. De todas formas, el funcionamiento del sistema en dicho régimen se encuentra teñido por el concepto de función social del contrato, si bien en la reforma legislativa de 2019 se varió la redacción del paradigmático art. 421 del Código Civil brasileño, que limitaba la autonomía privada por el concepto de función social del contrato, indicándose que en las relaciones contractuales privadas prevalecerán el principio de intervención mínima y la excepcionalidad de la revisión contractual.

Para el caso en que de las normas emergentes de lo pactado no regularan la situación planteada y que no fuera susceptible de ser integrado conforme lo dispuesto con las cláusulas de uso común en los contratos de este tipo, se sufraga en el presente por la aplicación de las normas legales en materia de sociedad civil, con la salvedad del sistema argentino, que eliminó este tipo negocial y en cambio reguló los contratos asociativos no societarios.

Señalaba Mambrilla Rivera, refiriendo a los convenios de voto plurilaterales que encartan en el tipo que en esta obra se analiza, que estos tendrán una estructura societaria en sentido amplio y “se regirán en defecto de estipulación de las partes – nosotros le agregamos y si no fuere posible acudir a las cláusulas de uso común– por las disposiciones propias del contrato de sociedad civil que de acuerdo con la elaboración doctrinal de Girón Tena, constituye el punto de referencia fundamental de los fenómenos genéricamente societarios”.²²⁹

Como se indicó, el asunto merece consideración en el Derecho argentino, pues esta tipicidad de regulación que se busca en el tipo contractual sociedad civil, en el

²²⁹MAMBRILLA RIVERA, V., *Caracterización jurídica...*, op. cit., p. 365.

Derecho español, uruguayo y brasileño, mal se podrá encontrar en este tipo negocial que ha sido eliminado del Derecho positivo argentino.

Las sociedades civiles, caracterizadas en el antiguo Código Civil argentino en los arts. 1648 a 1781, no han sido añadidas a la nueva redacción de la ley de sociedades argentina ni reguladas en el CCyCo, por lo que ahora la doctrina argentina se ocupa de qué regulación se debe dar a las sociedades civiles, siempre que fuere posible su constitución, y de debatir el régimen jurídico que se aplica a las existentes en términos de ultractividad de la ley.²³⁰

En lo que interesa al presente entonces, en el Derecho argentino la tipicidad de regulación para el convenio de sindicación debe procurarse en lo dispuesto para los contratos asociativos de organización por el CCyCo y a ellos quedaría acotada, viéndose recurrir a los contratos asociativos normados en los arts. 1442 a 1447 del CC y Co.

En cambio, sí puede considerarse como régimen supletorio para las relaciones internas entre los sindicados, en el Derecho brasileño, lo previsto para las sociedades simples o no empresarias, según lo definido en los arts. 981 y 982 de su CC, por ejemplo en materia de extinción de la sociedad por los supuestos previstos en la ley.

El convenio de sindicación es un pacto civil y al igual que la sociedad, produce obligaciones que convergen dirigidas a un fin común. No obstante ello, se deberá analizar cada caso, a fin de determinar si la disposición legal en materia de sociedad civil es aplicable o no al convenio de sindicación de que se trate, pues la similitud existente no permite una asimilación total entre los tipos contractuales, y por tanto no resulta posible, *a priori*, afirmar la aplicación lisa y llana de todas las normas, del que Pantaleón llama “el Derecho común”, en la materia, esto es, el de las sociedades civiles. A su vez, al interior de la categoría convenio de sindicación, el de accionistas es un contrato con tipicidad legal incompleta en el sistema uruguayo y brasileño. Referido en el Derecho español y argentino de forma somera para establecer ciertas obligaciones en caso de celebración o privarlo de efectos si no se cumplen ciertas formalidades, en

²³⁰VITOLO, D. R., “La Ley de Sociedades Comerciales reformada por la ley que sancionó el Código Civil y Comercial”, en *LA LEY*, 27/10/2014, LA LEY 2014-F, p. 692; HEREDIA, P., “Las sociedades civiles frente a la ausencia de normas de derecho transitorio en la unificación del derecho privado”, *RCCyC* 2015 (octubre), 19/10/2015.

subsidio, le resultan aplicables al mismo luego de las normas sobre sociedad civil, excepto en el Derecho argentino, donde dicho tipo contractual ha sido eliminado.²³¹

3.5. Conexidad con la estructura normativa de la sociedad

a) La conexión en lo relacionado a la eficacia contractual

La sindicación presupone para su existencia, la presencia de otro contrato, el de sociedad, es un negocio que involucra el comportamiento de determinados sujetos en tanto socios de una sociedad.

Se trata de un fenómeno de conexidad contractual unívoca y funcional, pues lo principal incide respecto a lo accesorio, pero lo accesorio no tiene incidencia respecto a lo principal. El negocio dependiente, el convenio de sindicación, por otro lado, conserva su propia autonomía estructural. Sigue las vicisitudes del principal, y depende de este, así no produce efectos en tanto no exista el principal. La desaparición de este último importa la desaparición de los efectos de aquel, en ese caso el objeto, si por ejemplo refiere a ejercer el voto de acuerdo con lo resuelto en el sindicato, deviene jurídicamente imposible. Asimismo, sus estipulaciones no pueden ser contrarias a las que genera el contrato de sociedad.

En el Derecho brasileño y uruguayo, el convenio de sindicación, cuando es celebrado por accionistas de una sociedad anónima y se cumplen los requisitos previstos en las respectivas leyes de sociedades, incide sin embargo sobre lo principal, colocando a la sociedad en situación de obligación, pues genera normas jurídicas que la sociedad comercial, actuando por intermedio de sus órganos, debe observar.

Se mantiene la accesoriedad y de la conexión unilateral, sin dejar de señalar, para esta hipótesis, la incidencia del negocio accesorio, en la marcha de la sociedad anónima.

Un caso de conexión recíproca podría darse entre ambos contratos, cuando el contrato de sociedad no se hubiere celebrado de no haberse estipulado al mismo tiempo el convenio de sindicación, o si todos los socios fueran al mismo tiempo miembros de dicho convenio, los que son denominados en doctrina pactos omnilaterales.

²³¹ Cfr. MARIÑO LÓPEZ, A., *El convenio de sindicación de acciones...*, op. cit., p. 135.

De la accesoriedad se derivan una serie de consecuencias, así la nulidad o disolución de la sociedad a la que se relacione de este modo el acuerdo llevará a la nulidad o extinción, respectivamente, del convenio.

El convenio no podrá desplegar sus efectos en tanto no los desplegar el contrato de sociedad. Si el convenio se otorga sin plazo, no podrá trascender el plazo del contrato de sociedad al que accede, salvo que la extensión esté acotada por disposición legal, en cuyo caso no podrá superar el plazo legal.

La dependencia del pacto parasocial respecto al contrato social se verifica entonces de dos formas: a nivel de eficacia y a nivel de contenido. A nivel de eficacia, el pacto no subsiste a la desaparición de la sociedad, y tampoco a nivel de efectos sobre los otorgantes socios a la pérdida de su condición de tales, salvo los deberes postcontractuales que se pudieran haber conformado. El cese de la eficacia del contrato social o de la estructura societaria, comporta la extinción del pacto parasocial por destrucción del referente de la prestación, en tanto el programa prestacional dice relación con la sociedad considerada.

La conexidad tiene incidencia también en el elemento plazo, si el plazo no se prevé y no se regula la posibilidad de desvincularse, cabe preguntarse si el otorgante resulta obligado por todo el plazo en que se revista la calidad de socio o si puede desvincularse alegando que se trata de un contrato sin plazo, y nadie puede estar obligado *sine die*. El asunto se ha presentado en la jurisprudencia francesa, luego de un caso resuelto por la cámara comercial de la Corte de Casación de aquel país el 10 de marzo de 1981, fallando que en ausencia de mención a un término del pacto, el mismo no debe ser considerado como un contrato de duración indeterminada, sino determinada en función de la duración de la sociedad a la que accede. Esta solución jurisprudencial se fue consolidando mediante otros fallos posteriores; así, la corte de apelación de Angers, en sentencia del 20 de setiembre de 1988, y otro fallo de Casación del 6 de noviembre de 2007. Dicha solución jurisprudencial ha sido prohijada por varios autores en aquel país.²³² También mereció críticas, por quienes entendieron que el fallo hace

²³²DUBOUT, H., “Les clauses de durée dans les pactes extrastatutaires entre actionnaires”, *Bull. Joly*, 1997, chron. I, II. A, p. 5; J. Moury, “Remarques sur la qualification, quant à leur durée, des pactes d’associés”, *D.*, 2007, p. 2045, n° 10 commentaire précité sous Cour d’appel de Paris 15 décembre 2006; LE CANNU, P., *RTD. com.*, 2007, p. 169, note sous cet arrêt également et B. DONDERO, *Recueil Dalloz-Sirey*, 2008, p.

abstracción de la búsqueda de la común intención de las partes y el principio de libertad contractual y termina creando “ex abrupto” un principio general según el cual todo pacto parasocial se debe reputar forzosamente concluido por el plazo de la sociedad a la que refiere.²³³

Moury indica que justamente en función de la accesoriedad, a falta de previsión en contrario, el pacto, en tanto accesorio, coincide en su duración con la duración de la sociedad, que es un contrato de duración determinada.²³⁴

En España, algunos autores han sostenido lo contrario, coincidiendo con otro sector de la doctrina francesa en cuanto a que el análisis del contenido del pacto permitirá deducir, en la mayoría de los casos, cuál ha sido la intención de las partes respecto a su duración, si se ha celebrado por tiempo determinado o indefinido y, en el primer caso, cuál es el término concreto al que se ha sometido la relación jurídica.²³⁵ Los autores en cita concluyen que la falta de previsión de plazo no puede comportar que se asuma que se remitieron al de la sociedad.²³⁶

En ciertos segmentos de algunos sistemas legislativos hay previsiones de plazo máximo; así, en Uruguay, para los celebrados en conexión con sociedades anónimas se prevé un plazo máximo de quince años, sin perjuicio de que las partes acuerden la prórroga tácita o automática de su plazo.

En Italia, como se señaló en el Capítulo segundo, el art. 2341 bis del *Codice Civile* indica que en casos de pactos de duración indeterminada, los otorgantes se podrán desvincular con un preaviso de ciento ochenta días.

La aplicación lisa y llana de conceptos vinculados a negocios accesorios debería enunciarse expresando: salvo pacto en contrario, los efectos del pacto parasocial deben extenderse en tanto dure la sociedad. Esta regla no puede extraerse, a mi juicio, de los sistemas en examen. A esta conclusión se llega por extraer reglas acotadas a los negocios de garantía y generalizarlas, el negocio de garantía tiene como consecuencia adicionar una situación jurídica activa al acreedor, derecho real de prenda o hipoteca,

1024, note sous Cass. com. 6 novembre 2007 (confirmant Courd'appel de Paris 15 décembre 2006); *apud* LEROY, C., “Le Pacte D’Actionnaires...”, *op. cit.*, p. 54.

²³³HENRI, M. – BOUILLET-CORDONNIER, Gh., *Pactes d'actionnaires et privilèges Statutaires*, Ed. EFE, 2003; *apud* LEROY, C., “Le Pacte D’Actionnaires...”, *op. cit.*, p. 55.

²³⁴MOURY, J., “Remarques sur la qualification, quant à leur durée, des pactes d’associés”, *Recueil Dalloz-Sirey*, 2007, p. 2045, n° 10, commentaire sous Courd’appel de Paris 15 décembre 2006.

²³⁵LE CANNU, P., “Validation de la clause buyorsell, et durée des pactes d’actionnaires (nota a CA Paris, 3^e ch. B, 15 déc. 2006)”, en *RTDC*, N° 1/2007, p. 173, nota 22; *apud* MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 39.

²³⁶PÉREZ MILLÁN, D., “Sobre los pactos parasociales. Comentario a la STS de 19 de diciembre de 2007 (RJ 2007/9043)”, en *RdS*, N° 31, 2008, p. 388. Véase MARTÍNEZ ROSADO, J., *ibíd.*, p. 40.

crédito contra el fiador, etc. En los pactos parasociales, a una situación compleja de situaciones jurídicas se debe adicionar otro conjunto de situaciones jurídicas, lo que conforma la denominada parasocialidad, y no resulta extrapolable lisa y llanamente una lógica de accesoriedad simplemente traída desde las garantías, paradigma de negocio accesorio.

Reconocida la posibilidad de desvincularse cuando no se pacta plazo en el convenio de sindicación, el límite es el del abuso de derecho, devienen aplicables para determinar la ilicitud de la desvinculación, los conceptos desarrollados por Caumont: “... no corresponde deslindar la eticidad de la juridicidad en el sensible campo del comportamiento con que las personas deben dirigir su designio en la fase antecontractual, en el tiempo del otorgamiento, en la etapa funcional de ejecución de las prestaciones comprometidas y, finalmente, en la dimensión postcontractual en cuyos intramuros se produce el proceso de regresión repristinante a mérito de la inexistencia de título jurídico alguno que legitime lo contrario y precisamente, en virtud de la finalización de la duración del pacto en sentido estricto. [...] la inejecución de deberes éticos propende a la inejecución de los imperativos jurídicos de dirección del comportamiento dentro de los marcos de lealtad, solidaridad y respeto que se encuentran precisamente incluidos en las normas que encartan la obligación de comportarse con Buena Fe y en los contenidos semánticos que la expresión Buena Fe posee. En tal sentido, ella es indicativa significacional de ética a cabalidad desde que precisamente su contraria, la Mala Fe, es clave paradigmática de la conducta desleal e insolidaria, despectiva de los derechos e intereses de los demás y en desconsideración de las esferas de respeto dentro de las cuales deben ser concebidos aquellos con los que se entablan vínculos de relevancia jurídica”.²³⁷

Otro aspecto relevante de la accesoriedad se relaciona en las sociedades por acciones con la desaparición o transformación de estas o la emisión de nuevas acciones. Este aspecto se vincula a su vez con lo indicado en el Capítulo primero, numeral 1.2, respecto a que el convenio es de accionistas y no de acciones y que no se trata de obligaciones *propter rem*. Sin embargo, cabe advertir sobre la conveniencia de insertar,

²³⁷CAUMONT, A., “La Ética como marca ontológica de la Contractualidad”, *Rev. Crítica de Derecho Privado*, N° 11, año, 2014, p. 50.

si se pretende que pase lo que pase con el capital, no haya hesitación posible en cuanto a la subsistencia del vínculo si el otorgante sigue siendo accionista, una cláusula previendo que todas las situaciones jurídicas que surgen del contrato se extenderán a todas las acciones de la Sociedad, que por cualquier concepto lleguen a ser propiedad de las sindicadas, sea por adquisición a cualquier título o modo, capitalización de reservas, o de cualquier otro rubro patrimonial, nuevas emisiones, conversión y/o capitalización de aportes para futuras integraciones de capital, o en cualquier otra forma y sin exclusión alguna de modo que cualquier nueva acción quede alcanzada, por cuanto, esas pueden ser el referente material de las prestaciones a cargo de los sindicados, vg. convenio de bloqueo.

En la jurisprudencia francesa se ha sostenido que aunque el contrato social siga vigente, la sustitución de las acciones o transformación de la sociedad impacta en el pacto parasocial. Así, la jurisprudencia relativa a las operaciones denominadas de “coup d’accordéon”, esto es, cuando las acciones de la sociedad desaparecen como consecuencia de una reducción del capital, y se emiten en su lugar nuevas acciones por una emisión inmediata, ha entendido que esto impacta en los pactos parasociales. De este modo, la Corte de Apelación de Lyon, en sentencia del 14 de mayo de 2009, entendió que el pacto celebrado entre los accionistas, referentes a las acciones anuladas, aunque estos hubieran suscrito capital nuevamente y devenido titulares de las acciones emitidas, salvo pacto en contrario no alcanzaban a las nuevas acciones.²³⁸

Si se trata de un pacto parasocial referido a la imposibilidad de comercializar las acciones y alguno de los sindicatarios no hubiera acompañado la operación “coup d’accordéon”, podrá indicar que se incumplió a título de dolo el pacto en tanto se destruyó el referente material de la prestación; en cambio, si la hubiera acompañado, podría según lo resuelto por el sindicato entenderse verificada una novación por cambio de objeto al variarse los referentes materiales de la prestación. Pero tratándose de un asunto susceptible de controversia jurídica, resulta conveniente la cláusula que establezca que lo pactado se extenderá a todas las acciones de las que devengan titulares los otorgantes. En la dogmática francesa se ha postulado un criterio

²³⁸ Corte de Apelación de Lyon, 14 de mayo de 2009, 3 ch., caso FGI SARL c/ Saint-André SA, *Droit des sociétés*, 2010, Comentario 6, H. Hovasse; *apud* LEROY, C., “Le Pacte D’Actionnaires...”, *op. cit.*, p. 58.

estricto de interpretación de estos pactos y se entiende que el pacto no aplica a respecto a las nuevas acciones.²³⁹

En relación con todos los demás comportamientos, diversos de no vender o de vender en ciertas condiciones, a que estuvieran obligados los otorgantes en función del pacto parasocial, no se presenta, a mi juicio, siquiera cuestión posible cuando se varían las acciones considerando la inexistencia de obligaciones *propter rem* en un contrato otorgado por socios o accionistas, como se explicó en el Capítulo primero.

Otra manifestación de la dependencia entre el pacto parasocial y la estructura normativa de la sociedad tiene que ver con la salida de uno de los otorgantes de la sociedad, por ejemplo, en una sociedad anónima, la pérdida de la calidad de accionista. Perdida tal calidad, cesa en su calidad de integrante del pacto parasocial, resultando vinculado a efectos del cumplimiento de las obligaciones que tal pérdida pudiera comportar.

b) La conexión en lo vinculado al contenido del pacto parasocial

En esta perspectiva, la cuestión se sitúa en materia de objeto del pacto parasocial, en el sentido de programa de conducta que crea, si lo allí pautado es contrario a lo establecido en los estatutos.²⁴⁰

Interesa la situación en que la cláusula se aparta del contenido del estatuto, pero no vulnera las normas de orden público contenidas en la ley, las que podrán estar reiteradas en los estatutos en función del contenido que se requiere a los mismos en los diversos ordenamientos y en particular, la práctica en el notariado latino de no efectuar reenvíos a la ley, sino de repetir aun sin norma que lo imponga, su contenido.

La respuesta de regla es afirmativa, es ilícito contrariar el contenido del estatuto, pero deberá profundizarse respecto a cuándo efectivamente se está pautando algo contrario a lo regulado en él, en situación por ejemplo en que el estatuto requiere una mayoría especial para resolver y en el convenio se pacta una mayoría ordinaria.

²³⁹ Cfr. HENRI, M. – BOUILLET-CORDONNIER, Gh., *Pactes d'actionnaires...*, *op. cit.*, n° 230. En contra, BRUNSWICK, Ph., "SAS et capital investissement: vers la fin des pactes d'actionnaires extra-statutaires ?", *Recueil Dalloz-Sirey*, 2000, p. 595, I - 2.1.b; *apud* LEROY, C., "Le Pacte D'Actionnaires...", *op. cit.*

²⁴⁰ En caso de vulnerar la ley, el objeto del pacto parasocial será ilícito, sobre esto se volverá al analizar el objeto.

Esto resulta evidente en la asamblea de socios –junta–, la mayoría será la estatutaria. Sin embargo, la inversa no es de recibo, pues el requerimiento de una mayoría especial cuando en el estatuto la mayoría requerida es la ordinaria, no vulnera lo establecido en el estatuto o contrato social, en tanto al recabarse la mayoría especial se estará alcanzando la estatutaria.

En este sentido, en la jurisprudencia española puede mencionarse la sentencia del Tribunal Supremo en la que se indica que los estatutos “*deben prevalecer [...], sin que pueda ser derogada por convenios particulares ya que de ser así quedaría sin sentido toda la normativa reguladora de la modificación estatutaria [...] garantía de los accionistas y de terceros*”.²⁴¹

En Francia, una sentencia de la Corte de Casación del 15 de febrero de 1994, es citada como receptando la superioridad del estatuto respecto de un pacto parasocial en caso de conflicto entre las normas respectivamente generadas;²⁴² aunque la doctrina ha señalado que se le confiere un alcance mayor, por autores que han hecho caudal del fallo, agregando contenido que excede el que surge del caso concretamente resuelto. El caso refiere a cuatro accionistas de una sociedad que obtuvieron el concurso de una institución financiera por medio de un aumento de capital reservado a aquella, más una garantía hipotecaria, lo que implicaba un apartamiento del derecho de preferencia y el pacto de cesión que se apartaba de la preferencia. Sin embargo, en aquel país, la *Cour de Cassation* en sentencia del 7 de enero de 2004²⁴³ sentenció la validez de un pacto de preferencia por no contrariar las disposiciones estatutarias a las que el pacto justamente hacía referencia.

Desde esta perspectiva, en la doctrina francesa clásica, Velardocchio-Flores indicaba: “*l’emprise des stipulations statutaires sur les conventions extérieures [...est] plus ou moins sévère selon que l’accord extrastatutaire est en complète opposition ou est juxtaposé à l’accord collectif [les statuts] d’une façon qui autorise une harmonisation*”.²⁴⁴

En la sentencia citada de la Suprema Corte francesa de 1994, la corporación opta por la aplicación de las normas del estatuto, pero no indica que la consecuencia sea la nulidad del pacto parasocial, sino que se circunscribe por el contrario a su validez.

²⁴¹ Sentencia 664/1994, de 5 de junio, RJ 1994/6431.

²⁴² Corte de Casación Francesa, com. 15 février 1994, *Bull. Joly*, 1994, p. 508, con nota de D. Velardocchio.

²⁴³ *Ibíd.*, sentencia del 7 de enero 2004, *Bull. Joly*, 2004, p. 544, con nota de P. Le Cannu.

²⁴⁴ *Les accords extrastatutaires entre associés*, PUAM, 1993, n° 250.

Esto último es tan así, que hace caudal en que la resolución social fue adoptada sin el consentimiento de todos los otorgantes, lo que es contradictorio con sostener la nulidad del pacto.

Entre el contrato parasocial y el social existe una conexión que tiende a la obtención del mismo fin, un ligamen jerárquico, el contrato de sociedad prevalece sobre el parasocial.

En Portugal ha profundizado este asunto Guimarães Fialho d' Almeida, arribando a una conclusión que no compartimos. La autora releva la doctrina que sostiene lo que viene de indicarse, pero ubicándose no en la etapa genética, sino funcional del contrato, en la etapa de cumplimiento de las obligaciones y parte de la existencia de dos comportamientos contradictorios exigibles: uno que tendría como soporte el contrato social y otro el pacto parasocial. Sin embargo, para quien se ubique en la posición de la autora, esto no sería concebible. En efecto, si el pacto parasocial es posterior, el objeto es ilícito, y si es anterior y el contrato o estatuto fueron modificados, se está en situación de imposibilidad legal de pago.

En ese relevamiento, cita la autora a la jurista lusitana Trigo, quien comienza señalando que un entendimiento posible sería considerar a ambos contratos como enteramente autónomos, y como en cualquier otro caso de incompatibilidad entre prestaciones debidas, el deudor deberá elegir cuál desarrolla y con cuál incumple, quedando sujeto a las resultas de su incumplimiento. Pero luego esta autora indica la *“conexão natural que se traduz no facto de a especificidade da dimensão parassocial consistir precisamente na ligação com a dimensão social”*. *“Ora, é precisamente a importância do bem ou interesse protegido pelo ordenamento estatutário ser superior à do bem ou interesse tutelado pela vinculação parasocial, que entendemos que esta última se deve sujeitar à vinculação social; e, por isso, se atribuí relevância às cláusulas estatutárias para efeito de limitação do conteúdo das vinculações de voto”*.²⁴⁵ Lo vincula entonces con una valoración axiológica respecto a los bienes protegidos.

²⁴⁵TRIGO, M.^a G., *Os acordos parassociais sobre o exercício do direito de voto*, 2ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 188-191; *apud* GUIMARÃES FIALHO D' ALMEIDA, R., *Os Acordos Parassociais. Reflexão Dogmática e Jurisprudencial*, Universidad de Coimbra, 2017, disponible en <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/87634/1/Os%20acordos%20parassociais.pdf>

Guimarães en cambio indica que existiendo contradicción, excluye la situación del ámbito de la validez y lo reconduce a la situación de derecho común, donde un deudor debe elegir cuál obligación cumplir y cuál incumplir, lo que hace que no exista causa de justificación para el incumplimiento del pacto parasocial; parte de la validez y eficacia del pacto parasocial contrario al contrato social, en tanto no sea contraria a normas imperativas societarias. Para la autora, el acuerdo social es solo la base negocial del acuerdo parasocial, pero no se encuentra en relación de subordinación, sino que dependerá del tipo de conexidad contractual, lo que deberá surgir de lo pactado por las partes. Agrega que tratándose de un pacto parasocial que involucre a todos los socios, sobre reglas jurídico societarias, el socio deberá optar por aquel.²⁴⁶

El asunto trasciende el ámbito de la conexidad si son todos los socios los que luego de otorgado el contrato social, por ejemplo en una sociedad de responsabilidad limitada, otorgan un pacto parasocial que contradice lo expresado en el contrato. En la doctrina francesa, Guyon y más recientemente Leroy opinan que para regular las relaciones de los socios entre sí debe prevalecer el pacto parasocial posterior, por entender que de este modo se está reformando el contrato social y el incumplimiento de aspectos formales no impacta en la validez y eficacia respecto de los otorgantes, aunque deviene inoponible a terceros, incluidos en ellos a los socios no otorgantes y a la sociedad.²⁴⁷

La doctrina italiana clásica se ha planteado si una regulación diversa contenida en el pacto parasocial podría llevarnos al ámbito de la simulación; en el caso relativa. El pacto parasocial debería ubicarse como un pacto social disimulado, por el contrato social de contenido simulado y divergente de aquel, en tanto no responde a la realidad de lo querido por las partes. Deben distinguirse supuestos diversos, el que analizamos ahora, que refiere a un pacto parasocial, que se aparta de lo edictado en un contrato social, y el de la simulación, donde el negocio disimulado es, al igual que el

²⁴⁶GUIMARÃES FIALHO D' ALMEIDA, R., *Os Acordos Parassociais...*, op. cit., p. 300, com doutrina lusitana concordante, citada en nota 1141.

²⁴⁷ Así, LEROY ("Le Pacte D'Actionnaires...", op. cit., p. 78) señala: "*Nous pensons donc que lors quelle pacte exprime une volonté plus récente des actionnaires, il doit prévaloir sur les statuts en ce qui concerne les relations des partenaires entre eux*". En el mismo sentido, Guyon: "*en cas d'opposition [entre un pacte et les statuts], les statuts devraient l'emporter, à moins de prouver que le pacte extrastatutaire, adopté plus récemment que les statuts, équivaut à une modification informelle de ceux-ci. Mais dans ce cas, cette modification serait inopposable aux tiers*". Vid. GUYON, Y., *Traité des contrats...*, op. cit., n° 202. En contra, en la doctrina francesa, MONSALLIER, M.-Ch., "L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme", *LGDJ*, N° 82 1998, et HENRY, H. – BOUILLET-CORDONNIER, Gh., *Pactes d'actionnaires...*, op. cit., n° 218.

simulado, un contrato social y no un pacto parasocial. Una vez descorrido el velo, si se encuentran en el negocio simulado asumido como contrato social, disposiciones nulas por estar en contra de normas de orden público o un problema de tipo social por no haberse inscrito, entre otros, deberá procederse en consecuencia. Esto no se relaciona con la parasocialidad –que por definición supone un contrato social válido y eficaz–, a la que el pacto parasocial está conectado.

Un aspecto a considerar al analizar la conexidad contractual, es el relativo a las consecuencias para el caso en que los socios que son parte en un convenio de sindicación emiten su voluntad a despecho de lo establecido en el convenio, tendiendo a modificar el contrato principal.

En el caso en que el convenio no resulta oponible a las sociedades, como ocurre en el Derecho argentino o español o en el Derecho uruguayo y en el brasileño para las sociedades que no son anónimas, o aun para estas cuando no se hubieren cumplido los requisitos del art. 331 de la LS uruguaya y el 118 de la ley de sociedades anónimas brasileña, el contrato social se modificará, generándose un incumplimiento al convenio de sindicación, que hará pasibles de responsabilidad a sus protagonistas, sin perjuicio de la posibilidad de accionar solicitando la remoción de lo hecho contra lo estipulado, según lo que se verá en el Capítulo noveno.

Si respecto al convenio celebrado por accionistas se hubieren cumplido los requisitos en los ordenamientos que secundan la oponibilidad, si se pretende incumplir en este aspecto el convenio modificando el estatuto social, en tanto las normas emergentes del convenio ingresan a las normas aplicables a la sociedad, la pretendida modificación del contrato social será ilícita y pasible de impugnación.

Si cambia el contrato social, o el estatuto, por voluntad de socios no sindicados, de modo tal que deviene inconciliable con lo normado en el pacto parasocial, se estará ante la situación de imposibilidad legal del pago.

La imposibilidad de pago será temporal. En efecto, si el contenido del contrato social volviera a variarse en sentido diverso, estando aún vigente el pacto y el contenido de este último no hubiera sido variado, una vez que la imposibilidad cesó, cesa la imposibilidad de ejecución de las obligaciones asumidas. Esto salvo que hubieran variado otras circunstancias que hagan imposible el pago por otro motivo, de

forma definitiva. Si la imposibilidad es parcial, los deudores seguirán obligados por el resto.

En la categoría pactos parasociales de organización ingresan los convenios de sindicación. Lo pretendido por los socios en los pactos de organización es incidir en la toma de decisiones sociales, esos pactos de organización, pueden importar la regulación de los más diversos aspectos; decíamos que en cuanto a sus prestaciones el convenio de sindicación es proteiforme.

En los países donde es oponible a la sociedad un convenio de sindicación, cierta doctrina ha descartado el carácter parasocial de este, pues señala que cumplidos los requisitos el convenio “es oponible a la sociedad y terceros”, lo que es solo parcialmente compatible a efectos explicativos. La conexidad en los términos que hemos descrito se mantiene, aunque con particularidades. En estos sistemas, entonces, los convenios son susceptibles de ser calificados en dos categorías respecto a la conexidad, aquellos que resultan oponibles a terceros y los no oponibles, lo que resulta compatible, sin perjuicio del alcance del término “oponibles”. Sobre ello se volverá al analizar la inscripción del convenio en algunos sistemas jurídicos.²⁴⁸

²⁴⁸HARGAIN, D., “Sindicación de socios”, *op. cit.*, p. 267.

CONVENIOS DE SOCIOS Y ACCIONISTAS

LOS PACTOS PARASOCIALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y EL
DERECHO DE DAÑOS

CAPÍTULO CUARTO

EFICACIA CONTRACTUAL

4.1) Componentes personales del pacto

a) Socios - Accionistas

Agotada la delimitación de la figura, merece consideración lo vinculado a los componentes personales del pacto, para dilucidar si cuando participan sujetos que no reúnen la calidad de socios o accionistas de la sociedad a la que el negocio se vincula, el negocio está dentro del tipo convenio de sindicación.

O aun cabe preguntarse, además, si es de principio ilícita la vinculación de terceros y en caso afirmativo cuál es la norma infringida.

En el caso de las sociedades anónimas, único en el que hay una tipicidad de regulación, en el Derecho brasileiro y uruguayo, corresponde determinar si cumpliendo con los requisitos allí establecidos, llegan a ser normas que generan obligaciones para la sociedad, as originadas por un convenio en el que participe al menos un sujeto que no revista la calidad de accionista.

El tema involucra la posibilidad de que además de todos o algunos de los socios o accionistas de la sociedad, participen en el convenio, terceros, como la propia sociedad u otros sujetos.

Ha quedado precisado a esta altura de la investigación que con carácter general no existe óbice para que se celebren este tipo de negocios. Estos pueden conceptualizarse como contratos, en los términos antes referidos, y de contar con los presupuestos (capacidad jurídica y poder normativo negocial) y elementos y requisitos de validez necesarios (capacidad de obrar, consentimiento, objeto y causa), ingresarán, en tanto tales, normas jurídicas al ordenamiento. Allí se agota la tipificación de primer grado.

El tema se presenta respecto a la tipificación de segundo grado, esto es, si son pasibles de ser tipificados como convenios de sindicación aquellos negocios en que intervengan terceros.

Esta subsunción en la categoría dependerá de la causa del negocio, la causa “perfila la fisonomía o individualidad de cada uno de ellos, la cual responde, no solo a

su estructura jurídica, sino también a la función que el negocio está llamado a desempeñar”.²⁴⁹

Postulando que sí, pueden distinguirse aquellos convenios celebrados solo por socios, los celebrados entre socios y terceros totalmente ajenos a la sociedad, los constituidos entre socios y administradores o directores, y aquellos constituidos entre los socios y la sociedad.

En los sistemas jurídicos de Brasil y Uruguay, cumplidos ciertos requisitos, los convenios celebrados por accionistas ingresarían al ámbito de la sociedad con el alcance atribuido respectivamente por los arts. 118 y 331 de las correspondientes leyes de sociedades. En caso que participara un tercero, estos contratos no tendrán aptitud para conseguir ese alcance en la esfera social.

Respecto a la calificación como convenios de sindicación, solo encartarán en esa categoría los contratos que importen la creación de una organización, los que tengan una función asociativa, con independencia de que alguno de los componentes personales no revista la calidad de socio o accionista.

En el Capítulo primero caracterizamos como pactos parasociales *los contratos que son celebrados por socios o accionistas de una sociedad comercial, civil o cooperativa, entre sí o con terceros, en referencia a por lo menos una de las situaciones jurídicas, generadas por normas que toman como presupuesto de hecho sus posiciones contractuales en la sociedad*. En cambio “convenios de sindicación” se utiliza para los “*pactos parasociales*”, *que se celebran con el fin de constituir una agrupación voluntaria de personas*.

La mención a socios o accionistas comporta que al menos se trate de dos; pueden ser socios actuales o potenciales, en ese caso, la incorporación a la sociedad podrá ser inserta como un requisito legal de eficacia del convenio, una condición potestativa, por ejemplo.

La figura del estado de sindicado o integrante de la sindicación, para describir la posición jurídica de sus integrantes durante la existencia del convenio de sindicación, es un instrumento terminológico para utilizar un único concepto descriptivo de la transmisión de un conjunto de situaciones jurídicas activas y pasivas. Para que esa transmisión pueda operar en forma global se requiere una norma jurídica que lo habilite, de lo contrario las distintas situaciones jurídicas seguirán el régimen respectivo. Así, las

²⁴⁹GAMARRA, J., *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 126.

deudas no podrán cederse sin consentimiento del acreedor, salvo que una norma habilite la transmisión de ese conjunto de situaciones jurídicas.

Quien pretende transferir su posición contractual en el convenio de sindicación, porque abandona su posición en la sociedad, transferirá, salvo consentimiento de los restantes otorgantes, solo las situaciones jurídicas activas; pero permanecerá siendo obligado quien pretende abandonar el fenómeno asociativo, salvo consentimiento del acreedor, pero con una dificultad adicional, en función de la parasocialidad descrita, si la norma jurídica que sirve de soporte a la situación activa – crédito– toma en cuenta la calidad de socio o accionista del acreedor para poder exigir el comportamiento al deudor, esto no será posible.

La situación es asimilable a la de cualquier obligado que busca transferir la deuda. Para la cesión de deuda, independientemente del sistema jurídico de que se trate, sea que se regule como un negocio bilateral y que entonces el consentimiento del acreedor sea un requisito legal de eficacia; o en cambio, si el sistema lo regula como un negocio trilateral, en cualquiera de ambos casos, por una vía u otra, la manifestación de voluntad del acreedor es lo que precipita el cambio de deudor. Salvo consentimiento del acreedor, no puede verificarse la sustitución en la situación de obligación sustituyéndose un deudor por otro.

Por ello la transferencia solo puede operar en las situaciones jurídicas activas, nunca en las pasivas, salvo consentimiento de los respectivos acreedores, los otros sindicados. Cuando alguien ingresa como socio o accionista a la sociedad a la que el convenio de sindicación se encuentra conexo y no se recaba el consentimiento de los acreedores, hay dos alternativas, o el nuevo socio no se incorporó al convenio o si alguna obligación asumió, no se genera la libración del deudor, por lo que no hay cesión de deuda, sino asunción de deuda por quien ingresa –ex promisión. Solo el consentimiento de los otros sindicados comportará la liberación del anterior socio, que también es su deudor. El consentimiento del acreedor no es necesario para que el nuevo socio pase a ser también su deudor, con el alcance que surge de la norma que soporta la obligación; esto es, la solidaridad, pues el negocio que celebra con quien le cede su posición en el contrato de sociedad y pretende hacerlo en el convenio de sindicación comporta para él –cesionario– la asunción de deuda en los términos en que se habían

asumido por el cedente. La posición contractual que se está cediendo es la de integrante de la sociedad, pero esto impacta en la cesión de otras situaciones jurídicas en las que se ubica el socio, cesión de contrato o de deuda, respecto de un nuevo sujeto, que al incorporarse como tal pasa a ocupar el lugar del cedente, e ingresa en la estructura normativa que conforma la sociedad. Pero no necesariamente en el pacto parasocial, para que devenga parte de este es necesario que se otorgue el consentimiento de los restantes sindicados.²⁵⁰

Para evitar este tipo de situaciones, en particular en las sociedades por acciones, se establecen limitaciones a la posibilidad de comercializarlas, y procedimientos más o menos complejos para que los restantes sindicados puedan asegurarse la subsistencia del convenio de sindicación, estableciéndose que el enajenante debe acreditar, dentro de cierto plazo, la forma en que realizó la operación y la efectividad de las condiciones en que realizó la transferencia, exhibiendo en su caso los instrumentos originales de la operación y los que acrediten el pago efectivo de las sumas expresadas en los mismos, estableciéndose adicionalmente, con los mecanismos de garantía que se verán al analizar el objeto, que ninguna transferencia será reconocida como válida o eficaz sino hasta que el adquirente se constituya en parte del contrato asociativo de organización y colocándose en el lugar del enajenante, asuma como propios los derechos y obligaciones establecidos en el convenio y sus eventuales modificaciones, así como en los eventuales acuerdos complementarios y/o accesorios al presente que pudieren otorgarse.

Esta cláusula implica el “compromiso” de no ceder las acciones, sino a quien se incorpore como parte contractual en el convenio de sindicación; en definitiva que opere la cesión de parte contractual, en los términos que ya explicamos en cuanto a sus alcances.

Cabe plantearse en qué calificación jurídica o mediante qué mecanismos puede obtenerse el efecto pretendido, esto es, que solo quienes se avengan a incorporarse al sindicato sustituyan al sindicato saliente en su condición de socios.

En referencia a la incredibilidad de origen convencional, la pregunta es si esta puede ser invocada frente al tercero; la respuesta dependerá de si el tercero estaba o no de buena fe. El concepto es el de buena fe subjetiva, esto es, si el tercero conocía la existencia de la sindicación.

²⁵⁰AMORÍN, M., “Sociedad civil”, *op. cit.*, pp. 566-567.

La finalidad de poner en conocimiento al tercero se adquiere, por ejemplo, respecto a las acciones, insertando al dorso de los títulos una referencia a la existencia de la sindicación o en el libro de acciones escriturales si se trata de este tipo de acciones, dejándose constancia de que las acciones escriturales son objeto de un convenio de sindicación de accionistas e individualizándolas, y en su caso señalando si existe algún derecho real que garantice las obligaciones y que para celebrar cualquier tipo de negocio jurídico que tenga como objeto dichas acciones y cualquier situación jurídica derivada de las mismas, existen limitaciones; esto implicará poner en conocimiento de la sociedad la existencia del convenio, para que este quede a disposición de quien justifique tener un interés legítimo en consultarlo. Y advirtiéndole que ningún negocio que tenga como objeto dichas acciones o cualquier situación jurídica relacionada o generada por las mismas, o por la condición de accionista, será oponible a la sociedad emisora y a sus accionistas si no se efectúa en un todo, de acuerdo con las disposiciones y procedimientos previstos en dicho convenio o eventuales acuerdos complementarios o accesorios del este.

Frente a un pacto de incedibilidad, en cada caso, deberá analizarse si se estuvo en presencia de una renuncia al poder de disposición o si se asumió una obligación de no hacer. De asumirse que se está frente a una renuncia al poder de disposición, el asunto se sitúa en el ámbito del orden público societario, pues en el caso de las acciones, la regla de la transmisibilidad es de orden público en los ordenamientos que analizamos, si se asume como una obligación de no hacer, el asunto se situará en sede de responsabilidad.

Una alternativa en la materia es el *porte fort* o garantía de ratificación de un tercero, donde el cedente responde objetivamente por el consentimiento que brindará el adquirente, incorporándose así al convenio. Otra alternativa es imponer al sindicado que cuando se constituya en cedente deberá someter la enajenación a la condición suspensiva de ratificación del convenio y a la aceptación del nuevo interviniente por los otros sindicados. Esta situación se presenta en las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada cuando no es necesario el consentimiento de los restantes socios para admitir a uno nuevo.

De seguido analizamos la situación del titular del dominio fiduciario y de otros titulares de derechos reales de goce o de garantía como componentes personales del pacto.

b) La situación del fiduciario en el fideicomiso de administración

Antes de ingresar específicamente al análisis de la situación del titular de la propiedad fiduciaria, del fiduciario en un fideicomiso de administración, cabe advertir que en el Derecho brasileño no existe una regulación general, una ley de fideicomiso que regule la constitución, las obligaciones del fideicomitente y del fiduciario, la constitución de la propiedad fiduciaria y la extinción. El Código Civil brasileño regula solo el fideicomiso de garantía, indicando que se considera fiduciaria la propiedad resoluble de cosa mueble o inmueble (arts. 1361 a 1368), admitiéndose desde 2014 el pacto comisorio en dicha garantía. En España tampoco hay regulación general del fideicomiso. Señala Estrada Alonso que “[...] para cualquier persona de la calle sería difícil de entender que el Ordenamiento no contemplase jurídicamente el acto por el que una persona adscriba o afecte unos bienes encargando a otra que los utilice a favor de una tercera o de una actividad, con base en la confianza sin necesidad de constituir una persona jurídica. Para que pudiera comprender la realidad del ordenamiento español habría que explicarle que aunque no se regule el dominio fiduciario, no supone que la función de confianza no se satisfaga por otros procedimientos. Repárese en tantas circunstancias de la vida en que encargamos a una persona una actividad entregándole parte de nuestro patrimonio en la convicción de que lo destine a cumplir un encargo. Por ejemplo, constituimos un fondo (sin personalidad jurídica) para organizar un viaje entre un grupo de amigos o una cena-homenaje; para subvencionar un proyecto de previsión y/o ahorro; para mantener en pie un monumento; para iniciar una empresa; para asistir a una persona; para constituir un fondo de reparto con el dinero que un grupo de personas vayan obteniendo por una actividad común, en previsión de repartir una herencia, para atribuir una renta vitalicia, etc. La fórmula sirve, pues, de medio de desarrollo, pero también control, respecto de la aplicación de una masa patrimonial para fines de la más variada índole, pública o privada”.²⁵¹

²⁵¹ESTRADA ALONSO, E., *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica: Proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2018, p. 4.

Nuestro análisis se circunscribe entonces, a la situación en el Río de la Plata, donde ambos países han regulado el fideicomiso con carácter general. La situación del fiduciario interesa en particular en los convenios que tienen por objeto el voto, que corresponde al socio o accionista de regla. No se refiere el presente apartado ni al fideicomiso testamentario ni a la sustitución fideicomisaria, ni a ningún otro negocio *mortis causa*.

El supuesto refiere al titular de la propiedad fiduciaria de acciones o partes sociales. El titular de estas transmite la propiedad fiduciaria a un fiduciario, que será, consecuentemente, el que ejercerá el derecho de voto. El fiduciario, por su parte, está obligado a ejercerlo. Extinguido el fideicomiso, según las pautas de transmisión fijadas en el contrato respectivo, el bien vuelve al constituyente o se transmite a quien se haya indicado en el contrato de fideicomiso. En el Derecho argentino se denomina fideicomisario, al destinatario final de ese bien que estuvo fideicomitado, figura esta última que no se replica del otro lado del estuario.

El art. 1666 del CCyCo de la Argentina, establece que *“Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”*.

En Uruguay, la Ley 17703, en su art. 1 preceptúa que el fideicomiso es el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al beneficiario. Constituye un sistema de negocios jurídicos que se genera a partir de un negocio. El fideicomitente constituye por esta vía un patrimonio de afectación en vida, del que será titular el fiduciario por un periodo de tiempo.

El fiduciario ejercerá los derechos de los que deviene titular, en beneficio de otra persona o personas, llamados beneficiarios, quienes podrán resultar a la finalización

del fideicomiso, destinatarios finales de los bienes, referentes objetivos de las situaciones jurídicas que integran ese patrimonio fideicomitado.

Existe en el fideicomiso un conjunto de actos, incluidos entre ellos los negocios jurídicos que pudieren otorgarse, en los que intervienen el fideicomitente, el fiduciario y el beneficiario, tanto entre sí como con terceros, siempre que estos incumban a la finalidad perseguida por el fideicomiso –utilizando la palabra con el significado que viene de indicarse–.²⁵²

El fideicomiso en este sentido es un sistema de negocios jurídicos interrelacionados entre sí, con la finalidad de producir una función diferente a la de cada uno de ellos en particular.

El fiduciario pasa a ser titular de las situaciones jurídicas susceptibles de valoración económica que constituyen el patrimonio fideicomitado, en el caso, acciones o partes sociales, pero no es en términos económicos el beneficiado por la riqueza que ellas importan.

Esto ha llevado a discutir si el fiduciario es o no el “propietario” de los bienes, referentes objetivos de las situaciones jurídicas activas que comprende el fideicomiso. Se especula en torno a si puede caracterizarse como derecho de propiedad o titularidad de un crédito, o si se está en presencia de otro derecho real o personal distinto.

El debate en torno a la “naturaleza jurídica” de la “propiedad fiduciaria” convoca las agudas observaciones que formulara Genaro Carrió, a las que ya referimos. Se trata de un exceso cometido al amparo de dar definiciones reales, o de explicitar el verdadero, único o último significado de ciertas expresiones de estructura y comportamiento muy complejos. “Lo que se busca en ciencia jurídica, no está en la naturaleza, no es de esencia, sino que emana de convenciones del lenguaje.”²⁵³

La disputa respecto al concepto de propiedad fiduciaria resulta una cuestión de términos –significantes- y no de significados si se logra precisar las situaciones jurídicas en las que resulta ubicado el fiduciario, particularmente de acuerdo con normas de competencia, entendiéndose por tales las que establecen que ante una determinada situación se genera una norma jurídica a normas de competencia que involucran su actuación (v. g., art. 20 e inciso segundo del art. 17 de la ley

²⁵² Sobre estos conceptos, AMORÍN, M., “El fideicomiso testamentario”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 4, Montevideo, 2007, pp. 649-678.

²⁵³ CARRIÓ, G., *Notas sobre Derecho...*, op. cit., p. 105.

uruguay para el caso de actos notoriamente extraños a la finalidad del fideicomiso o arts. 1688 y 1689 del CCyCo argentino).²⁵⁴

Este tipo de normas de competencia se clasifican en subjetivas u objetivas. Las subjetivas establecen qué sujeto tiene la posibilidad jurídica protagonizando un supuesto previsto de generar nuevas normas jurídicas. Son normas que permiten a ciertos sujetos crear nuevas normas. Las normas de competencia objetiva, en tanto, establecen un determinado supuesto, verificado el cual se produce el ingreso o egreso de una norma jurídica.

Si un sindicato pretende transmitir las acciones en una sociedad a un fiduciario, le serán aplicables a dicha transferencia las cláusulas limitativas incorporadas a la sindicación en materia de transmisión,

A fin de determinar si el fiduciario tiene la posibilidad jurídica de sindicarse, deberá acudirse a los enunciados del fideicomiso, si está secundado por la ley; si se extralimitó al sindicarse, obró con falta de poder normativo negocial y habrá inexistencia del vínculo.²⁵⁵

Si se concluye que tenía poder normativo, deberá analizarse si el fiduciario actuó con la diligencia del buen hombre de negocios –art. 16 de la ley uruguay; art. 1674 del CCyCo argentino–; si este se apartare del parámetro abstracto de conducta que le es exigible y cuyo despliegue constituye, de regla, el cumplimiento de sus obligaciones, el del “buen hombre de negocios”, la respuesta del ordenamiento será la convocatoria a responsabilidad civil, manteniéndose enhiesto en este caso el vínculo creado con el sindicato, que no existía en el caso anterior, pero tornándose resoluble.

Extinguido el fideicomiso, se transmite la acción al fideicomisario –figura solo prevista en el sistema argentino–, o al beneficiario final, o vuelve al fideicomitente, nuevamente se plantea la situación de imposibilidad de cesión de la parte contractual sin el consentimiento de quien pretende incorporarse y de los restantes sindicatos; según lo analizado en el literal a) del presente.

²⁵⁴ AMORÍN, M., “El fideicomiso testamentario”, *op. cit.*, pp. 649-678.

²⁵⁵ En contra, MOLINA SANDOVAL, C. A., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 400, para quien “los fideicomisarios o beneficiarios solo tendrán una acción de daños y perjuicios para resarcirse del incumplimiento del fiduciario”.

c) Usufructuario de acciones

El art. 217 de la LSC española, en su actual redacción, prevé que en caso de usufructo de participaciones o de acciones, la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. Salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario. El usufructuario queda obligado a facilitar al nudo propietario el ejercicio de estos derechos. Se reserva al estatuto y se excluye del ámbito de la autonomía privada al concederse al derecho real de usufructo, que pueda pactarse la concesión al usufructuario del derecho de voto.

En el art. 114 de la ley brasileña de sociedades anónimas se establece que el derecho de voto de la acción gravada con usufructo, si no fuera regulado en el acto de constitución del gravamen, solo podrá ser ejercido mediante previo acuerdo entre propietario y usufructuario, ejemplo este de pacto parasocial. Admite entonces la regulación en el negocio que constituye el usufructo, y si no se verifica el acuerdo, no puede ejercerse el voto; se trata de una situación no ya de incumplimiento, sino de imposibilidad de expresar la voluntad.

La LS argentina en su art. 218 establece que la calidad de socio corresponde al nudo propietario. El usufructuario tiene derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo. Este derecho no incluye las ganancias pasadas a reserva o capitalizadas, pero comprende las correspondientes a las acciones entregadas por la capitalización. El ejercicio de los demás derechos derivados de la calidad de socio, inclusive la participación de los resultados de la liquidación, corresponde al nudo propietario, salvo pacto en contrario y el usufructo legal.

El art. 308 de la LS uruguaya configura también como efecto típico del que denomina usufructo de acciones, el derecho del beneficiario a percibir las ganancias obtenidas mientras se extienda aquel. La norma además confiere a los otorgantes del negocio que sirve de título para el “usufructo” de la acción, poder normativo para disponer que los restantes derechos subjetivos que correspondan al accionista pasen al usufructuario. Asimismo la ley argentina, pero exceptúa la hipótesis en que se trate de sociedades que para el ejercicio de su objeto o de parte de él o para la transferencia de sus acciones, requieran de la autorización del Estado.

En Uruguay y Argentina la ley admite que se pacte una atribución al usufructuario de derechos adicionales a los económicos; se alude por la ley al ejercicio

de los demás derechos, sin limitar el elenco que consecuentemente alcanza todo derecho económico o político.

En la doctrina argentina, Mas allá de estos enunciados legales, varios autores han abogado por que la posibilidad de pacto en contrario refiere exclusivamente a derechos de contenido económico, dividendo y cuota de liquidación. De esta forma se ha dicho que los derechos políticos resultan ajenos al contenido del derecho de usufructo necesariamente patrimonial y por tanto la cesión constituye un negocio ajeno al objeto del usufructo e inadmisibles consecuentemente.²⁵⁶ También se señaló que los derechos políticos societarios son incedibles en tanto no pueden escindirse de la posición de socio, haciendo caudal que el usufructuario en tanto no socio si ostentara esos derechos, podría alterar el funcionamiento de la sociedad y sus bases.²⁵⁷ O directamente se ha procurado, a través de la interpretación, limitar la autonomía privada conferida por la ley, señalando que resulta inadmisibles que el nudo propietario carezca de toda injerencia en la vida de la sociedad. En esa línea se señala que se disimula una venta, utilizándose como negocio útil para parapetarla el usufructo en perjuicio de los acreedores del usufructuario. El razonamiento parte del supuesto patológico en que se utiliza el usufructo con transferencia de los derechos políticos en un supuesto de simulación relativa de venta de acciones.²⁵⁸

Entre los argentinos, Verón también postula la calidad de esencial del derecho de voto, por lo que aun admitiendo la posibilidad de pacto en contrario, hace cuestión de que dicho pacto no puede lesionar las normas imperativas en materia asamblearia. Admitida la cedibilidad del derecho de voto al usufructuario en función de la posibilidad de pactar en contrario, al régimen supletorio de la ley argentina y uruguaya, que lo dejan en cabeza del accionista, cabe preguntarse cuáles serían las normas imperativas en materia asamblearia que podrían vulnerarse con la cesión.

El asunto es analizado por Miller en la doctrina uruguaya en términos compartibles. Señala este autor oriental, teniendo a la vista la doctrina argentina, que la asistencia, forma de funcionamiento y mayorías que pueda prever la ley en nada se

²⁵⁶SASOT, M. P. y SASOT BETES, M. A., *Sociedades Anónimas – Acciones, bonos, debentures y obligaciones negociables*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1985, p. 352.

²⁵⁷HALPERIN, I. – OTAEGUI, J. C., *Sociedades Anónimas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 385.

²⁵⁸NISSEN, R., *Curso de Derecho Societario*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 424.

relaciona con la transferencia del voto al usufructuario, quien asistirá, se inscribirá, y votará y asumirá en su caso la responsabilidad que comporta el voto, votará a nombre propio y consecuentemente su responsabilidad no puede trasvasarse al nudo propietario. Agrega que la transmisión del derecho de voto de derechos que emanan de la acción al usufructuario es un instrumento idóneo para establecer sistemas válidos legalmente de administración, por vía de la adjudicación del derecho del voto y otros derechos políticos empresariales al usufructuario. En Uruguay, solo está vedada dicha posibilidad respecto de las acciones de sociedades que, para el ejercicio de su objeto o de parte de él, o para la transferencia de sus acciones, requieran de la autorización del Estado (art. 308 de la LS uruguaya).²⁵⁹

Cabe descartar cualquier disquisición no fundada en la ley, o en el negocio celebrado entre usufructuario y nudo propietario, respecto al alcance de la cesión de derecho de voto, que implique excluir por decisión del intérprete, ciertas situaciones en las que el usufructuario no podría votar. Así, no se comparten afirmaciones del tipo, el usufructuario no estaría habilitado a votar en las asambleas extraordinarias, que puede generar resoluciones que solo puede adoptar el accionista o socio; o cualquiera otra que tienda a discriminar sin norma habilitante cuáles temas son trascendentes, generando una limitación a la autonomía privada que la ley no genera.²⁶⁰

Existiendo entonces “pacto en contrario”, algunos derechos derivados de la calidad de socio –de entre ellos interesa el voto referente usual del negocio que analizamos– podrán ser ejercidos por el usufructuario. El pacto en contrario podrá constar en el mismo usufructo o en el estatuto. En el Derecho español, en cambio, solo es posible si existe previsión estatutaria que lo habilite.

Para que estos acuerdos entre concedente del derecho de usufructo y usufructuario, resulten relevantes para la sociedad y los terceros deberán inscribirse según los respectivos ritualismos. El usufructuario tiene el imperativo del propio interés en inscribirlos.

Sostuvimos en otra oportunidad que el usufructuario podría celebrar pactos parasociales que tuvieran como referente el voto.²⁶¹ Lo relevante en el caso son los alcances de la sindicación que podría celebrar.

²⁵⁹MILLER, A., “La transferencia de derechos accionarios”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 26, Montevideo, 2014, pp. 110-113.

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹AMORÍN, M., *Convenios de Sindicación...*, *op. cit.*, p. 64.

Los alcances están dados por los del propio derecho real de usufructo, y lo que comporta. El art. 2145 del CCyCo, argentino señala: *“El uso y goce por el usufructuario debe ajustarse al destino de los bienes del usufructo, el que se determina por la convención, por la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectada de hecho”*. El usufructuario tiene el deber de restituir el bien al nudo propietario en el mismo estado en que lo recibió, no debe modificarse su sustancia y el goce del bien debe ajustarse a su destino.²⁶²

El usufructuario debe abstenerse de obligarse a cualquier prestación que pudiera afectar los derechos del nudo propietario. Si lo hace, el asunto se resume a un supuesto de aplicación de una norma primaria, al incumplimiento de obligaciones, al igual que si el usufructuario destruye o daña cualquier otra cosa mueble dada en usufructo.

El usufructuario situado en esa posición podrá sindicarse y en tanto parte en el convenio de sindicación estará obligado a votar en su caso conforme resolviera el sindicato, también podrá ser parte en otro negocio sobre el voto que no encarte en el tipo convenio de sindicación; incluso en el propio negocio por el que se constituye el “usufructo” las partes pueden acordar que el voto se emitirá en un sentido determinado, o previa consulta entre ellas o sobre la base de otro criterio, en tanto no lesione el interés de la sociedad.²⁶³

d) Beneficiario de garantías, prenda o fideicomiso en garantía

En el Derecho brasileño, el art. 113 de la LS anónimas de ese país establece para el caso de prenda de acciones, que es el accionista quien mantiene el derecho de voto, sin embargo, en el título constitutivo de la prenda podrá pactarse que el accionista no podrá votar en ciertas cuestiones sin consentimiento del acreedor pignoraticio.²⁶⁴

²⁶²CARAMELO, G., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera, t. V, 1ª ed., Ed. Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 245.

²⁶³ Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios...*, op. cit., p. 414, citando en nota 118 a Alborch Bataller, *El Derecho de voto de los accionistas*, Madrid, 1977, p. 323.

²⁶⁴ Art. 113: *“O penhor da ação não impede o acionista de exercer o direito de voto; será lícito, todavia, estabelecer, no contrato, que o acionista não poderá, sem consentimento do credor pignoratício, votar em certas deliberações”*.

Este pacto genera un simple vínculo personal, una *obligación negativa que puede ser incumplida*, no entraña una renuncia, una imposibilidad objetiva de votar sin el consentimiento del acreedor pignoraticio.²⁶⁵

Diversa es la solución respecto al fideicomiso a tenor de lo dispuesto en el inciso final del art. 113 de la LS anónimas brasileña, que establece que el acreedor garantizado por la alineación fiduciaria de la acción no podrá ejercer el derecho de voto, y el deudor solo podrá hacerlo en los términos del fideicomiso.²⁶⁶

La doctrina brasileña, a pesar de los enunciados, ha indicado que la distinción de regímenes jurídicos según se haya constituido prenda o se haya gravado fiduciariamente la acción no comporta diferencia alguna. Así se ha dicho que, aunque la redacción del párrafo no sea explícita, a la alienación fiduciaria de la acción se aplican las mismas reglas relativas al ejercicio del derecho de voto por el titular de las acciones empeñadas. Esto es, para esta doctrina el deudor mantiene el derecho de voto y puede haber en el contrato previsión de consentimiento del acreedor para determinadas materias. En otros términos –que no compartimos–, para esta doctrina, el acreedor no puede determinar el voto del deudor en el caso de alienación fiduciaria, sino solo establecerse determinadas materias en relación con las cuales el deudor no puede votar sin el consentimiento del acreedor.²⁶⁷

El art. 308 de la LS uruguaya regula para la prenda de acciones –que dicho artículo no configura– y confiere a los constituyentes, poder normativo para disponer que los derechos subjetivos que correspondan al accionista pasen al acreedor prendario.²⁶⁸

El acreedor prendario en ese caso podrá sindicarse y en tanto parte en el convenio de sindicación resultará obligado a votar conforme resolviera el sindicato, también podrá ser parte en otro negocio sobre el voto que no encarte en el tipo convenio de sindicación; incluso los mismos otorgantes de la prenda podrán acordar que el voto

²⁶⁵ Entre los clásicos uruguayos, analizando la obligación de no revocar un poder en este sentido, SÁNCHEZ FONTANS, J., en *Rev. Fac. Derecho Jornadas de Derecho Comparado*, Montevideo, 1955, p. 386 y ss.

²⁶⁶ Art. 113, párrafo final: “O credor garantido por alienação fiduciária da ação não poderá exercer o direito de voto; o devedor somente poderá exercê-lo nos termos do contrato”.

²⁶⁷ EIZIRIK, N., *A Lei das s/A comentada*, Ed. QuartierLatin, San Pablo, 2011, p. 644; LAMY REGO, A., “Direitos dos Acionistas”, en Lamy Filho, A. y Pedreira, J. L. B., *Direito das Companhias*, vol. I, 1ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2009, pp. 396-397.

²⁶⁸ Se refiere en el texto que origina la norma atributiva de competencia a los pactantes, “podrá pactarse lo contrario”.

se emitirá en un sentido determinado, o previa consulta entre ellos, tal como se refirió en caso de usufructo.

En Uruguay existe otro negocio de garantía, que parece una hipoteca mobiliaria porque se registra, pero genera como efecto un vínculo de indisponibilidad sumado a un derecho de preferencia, ancla el bien en el patrimonio del deudor, privándolo de la posibilidad de hacer la tradición del mismo y le confiere una preferencia. Está previsto en la ley uruguaya número 17228 y nominado como “Prenda sin Desplazamiento”, aunque de prenda, como se aprecia a través de sus efectos, tiene muy poco. Este negocio puede celebrarse respecto de cualquier bien concretamente identificable, tiene función de garantía y podría tener como referente tanto acciones como partes sociales. Ante la ausencia de una norma que explícitamente otorgue poder normativo, como la que viene de referirse, genera la necesidad de discernir si las partes tienen la posibilidad de pactar que el voto será ejercido por el titular de ese derecho – objeto particular complejo compuesto de un conjunto de situaciones jurídicas y susceptibles de servir de referente al vínculo que se genera—. ²⁶⁹

En Argentina, el art. 219 de la LS anónimas prevé que en caso de constitución de prenda o de embargo judicial, los derechos corresponden al propietario de las acciones. En tales situaciones, el titular del derecho real o embargo queda obligado a facilitar el ejercicio de los derechos del propietario mediante el depósito de las acciones o por otro procedimiento que garantice sus derechos. El propietario soportará los gastos consiguientes. En ese país se ha debatido este asunto para la prenda común en todos los tipos sociales, pero en particular para las sociedades anónimas, ante la falta de un texto normativo como el del art. 308 de la LS uruguaya.

Halperin ha postulado la inadmisibilidad de un acuerdo que tenga como finalidad transferir el derecho de voto al acreedor prendario, entendiendo inescindible este derecho de la situación de accionista. ²⁷⁰

Cabanellas admite que el ordenamiento secunda la posibilidad de que el derecho de voto se transfiera al acreedor prendario. Destaca que el acreedor prendario tiene interés en asegurar que el derecho de voto sea ejercido de modo que no dañe el

²⁶⁹AMORÍN, M., “Efectos de la Prenda sin Desplazamiento en proceso promovido por acreedor distinto del beneficiario – Prenda sin Desplazamiento”, en *ADCU*, t. 39, Montevideo, 2002, pp. 801-812.

²⁷⁰HALPERIN, I., *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, 1974, p. 375.

valor de su garantía y que el deudor retiene un interés sobre las participaciones societarias dadas en prenda. La coexistencia de estos intereses legítimos de una y otra parte justifica que sean estas las que en definitiva decidan quién ejercerá el voto en custodia común de tales intereses.²⁷¹

Frente a la libertad general reconocida respecto de los acuerdos relativos al voto en los órganos de gobierno, la existencia de un interés que este autor califica de legítimo del acreedor prendario justifica la legitimidad del pacto; finalmente, acude al Derecho comparado, donde se asigna el derecho de voto como efecto típico de la prenda de acciones, señalando que no resulta ínsito a la estructura societaria que el socio o accionista deudor mantenga tal derecho.²⁷²

Tanto para el caso de prenda como para la hipótesis de la celebración del negocio configurado en la Ley 17228, tanto en Argentina como en Uruguay, los otorgantes tienen la posibilidad jurídica de determinar quién ejercerá el derecho de voto partiendo de la legitimidad de los acuerdos sobre el voto, fundada en la autonomía privada y solo limitada en caso de existencia de una norma de la que surja una limitación a aquella (*vid. infra* Capítulos quinto y séptimo) y en ambos casos el acreedor beneficiario de prenda o de la garantía de la Ley 17228 en el caso uruguayo podrá sindicarse.

Si la finalidad al votar trasciende la que correspondería y genera un daño, habrá responsabilidad civil, el factor de atribución es subjetivo.

Cualquiera sea la parte a la que se haya adjudicado el derecho de voto respecto a las participaciones o acciones, deberá ejercerlo de modo de no afectar a la otra parte; normalmente ambos deberán ejercer el derecho de voto de manera de favorecer el valor de la acción o participación. Este aspecto deberá considerarse cuando se acuerde la sindicación por el beneficiario de la garantía de que se trate.

e) Convenios celebrados con terceros ajenos a la sociedad

En esta categoría ingresaría en principio, entre otros, el celebrado en oportunidad de una enajenación de acciones o partes sociales. Allí quien va a ingresar a la sociedad no es aún socio, en ese caso, el enajenante de las partes sociales o acciones,

²⁷¹CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios...*, *op. cit.*, pp. 414-415.

²⁷² Cfr. ALBORCH BATALLER, *El Derecho de voto...*, *op. cit.*, p. 326; FERRI, G., “L’ezercizio del voto nel pegno di azioni”, en *Rivista del Diritto Commerciale*, t. II, 1938, p. 329; *apud.* CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios...*, *op. cit.*, p. 415.

que deja de ser socio, puede tener interés en mantener influencia en la sociedad, por ejemplo, en tanto titular de una empresa que tiene un flujo de negocios con esta.

También puede regularse la elección de miembros del directorio, el enajenante puede tener interés en permanecer ocupando un cargo de dirección, o que lo ocupe un tercero de su confianza, durante un lapso de varios años.

O en otro sentido, en los denominados pactos de atribución, por los que un tercero se obliga con otros accionistas para con la sociedad, mediante una estipulación para otro, como en el caso en que los enajenantes de acciones se obligan a hacerse cargo de ciertos importes que debe la sociedad por actos celebrados durante el tiempo en que la controlaron.²⁷³

Pero también pueden participar otros terceros, esto es, no la propia sociedad, de la que nos ocupamos en nal. g), ni los administradores, ni empleados, por ejemplo gerentes o apoderados, sino alguien ajeno a la estructura normativa de la sociedad. Refiere habitualmente a personas interesadas en la marcha de los negocios sociales, o usando una expresión de la ley de cooperativas uruguaya, interesados en “la marcha” de los negocios sociales. Por ejemplo, los hijos de los socios o accionistas, su cónyuge, los titulares de obligaciones negociables o debentures emitidos por la sociedad.²⁷⁴

Delimitar el concepto de tercero tiene un impacto indudable; por ejemplo, si son considerados terceros los administradores, o gerentes, o la propia sociedad, el convenio deja, por ejemplo, de ser inscribible en el sistema uruguayo, o en el brasileño para las sociedades anónimas, pues ya no estaría integrado por accionistas exclusivamente. En tanto, en el sistema español para las sociedades cotizadas, por lo dispuesto en los arts. 530 y siguientes de la LSC.

En la doctrina brasileña, en este sentido se ha señalado que para obtener los efectos del art. 118 de la Lei 6.404/76, los otorgantes solo pueden ser accionistas de la sociedad; si se celebrara una convención entre accionistas y personas extrañas, el

²⁷³FLORES, M., “Los pactos parasociales a favor de la sociedad”, en AA.VV., Á. Rojo y A. B. Campuzano (dirs.), *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 299.

²⁷⁴ Dejamos fuera del análisis la situación de estipulación para otro, pues el beneficiario no es parte en el negocio, y en los sistemas donde se limita a aceptar o no el beneficio que le acuerdan el estipulante y el estipulatio.

negocio estará regulado por las normas generales en materia de contratos, pero no pueden obtenerse los efectos que habilita dicho artículo.²⁷⁵

Antes de la reforma del Derecho brasileño en 2001, pero en conclusiones que en lo atinente a terceros ajenos a la sociedad se mantienen vigentes, se expresó De Azeredo Santos. El catedrático mineiro tenía una posición restrictiva en el asunto, indicando que no eran admitidas personas ajenas a la sociedad en el convenio, según la regulación legal brasileña, salvo en los casos de disociación entre la titularidad de las acciones y el derecho de voto, como en el caso del usufructo que ya hemos referido; y si participaban terceros, el convenio no calificaba como acuerdo de accionistas, salía consecuentemente del tipo contractual.²⁷⁶ Aunque otra parte de la doctrina brasileña admite la participación de terceros en el acuerdo sin que ello implique que se pierda la posibilidad de la inscripción y de la consecución de los efectos previstos en el art. 118.²⁷⁷

Si participan terceros en el acuerdo, entendiendo por tales a personas ajenas a la sociedad, esto es, aquellos que no son accionistas ni están obligados a constituirse en tales, ni tienen derecho de voto, ni ocupan ninguna posición jurídica a lo interno de la estructura societaria, v. g., no son por ejemplo directores, ni en el derecho brasileño ni en el uruguayo es posible la obtención de los efectos que genera la inscripción.

En la doctrina argentina, Rossi expresa que los acuerdos con terceros no son convenios de sindicación accionaria *stricto sensu* entiende por tales, solamente aquellos en los que solo participen socios o accionistas. Esto no se comparte.

Como se señaló, dependerá del análisis de la causa, verificar en los pactos donde intervienen terceros, si se trata de contratos plurilaterales de organización, que reúnen las demás características tipificantes. Al referir al objeto se volverá sobre los desarrollos del autor argentino, quien señala, aludiendo a los convenios sobre el voto, que los mismos implicarán en estos casos una cesión repugnante al interés social.²⁷⁸

Para el autor argentino Molina Sandoval, en los convenios relativos al voto, el disponer a su vez del voto es condición *sine qua non* para ser parte del convenio. Expresa que carece de sentido integrar un convenio de voto, si “no se tiene el voto que

²⁷⁵AUGUSTO DELGADO, J., “Acordo de acionistas na Lei das Sociedades Anônimas”, p. *Revista de direito público*, año X, nro. 51-52, 1979, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, p. 308.

²⁷⁶AZEREDO SANTOS, T. DE, *Revista da Ordem dos Advogados*, OAB-Bahia, Salvador, 1987, p. 188.

²⁷⁷CARVALHOSA, M., “Eficácia e execução específica do acordo de acionistas”, *Rev. de la EMERJ*, vol. 7, N° 26, 2004, pp. 125-132, disponible en http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_125.pdf, consultado el 3 de setiembre de 2020.

²⁷⁸ROSSI, H. E., “Oponibilidad y cumplimiento...”, *op. cit.*, pp. 48-49.

es la prestación más importante a aportar”, por ello no entiende de recibo la participación de terceros en estos convenios. Este análisis no se comparte, el autor parte justamente de lo que debe probarse.

El tema debe situarse en determinar si es posible que los terceros se obliguen a desarrollar una determinada conducta y los socios se obliguen a votar en el sentido indicado por el sindicato y luego si un acuerdo de esas características es subsumible en el tipo contractual convenio de sindicación.

Postula Molina Sandoval en la Argentina que en estos casos hay una cesión de voto contraria al interés social, pues este queda sometido al del tercero parte del convenio.²⁷⁹

A esto puede replicarse que siempre que se contrata, el deudor queda sometido en cierta medida a que su conducta se preordene a satisfacer el interés el acreedor. Lo que debe considerarse es qué norma jurídica, si la hay, impide o genera una respuesta coactiva desfavorable a la celebración de este tipo de acuerdos.

Descartada la existencia de una norma de estas características en el Derecho positivo, el asunto transita luego a otro ámbito, el del “interés social”, concepto cargado de vaguedad semántica, así como polémico, sobre el que se volverá al analizar el objeto de estos negocios, que se ha considerado como límite de las decisiones de los órganos de gobierno. Pero esto deberá analizarse en cada caso, frente a la decisión adoptada y no *ex ante* y con carácter general para inhibir un convenio en el que participen terceros, por el cual los socios se obliguen a votar en determinado sentido o conforme surja de lo dispuesto por la organización creada.

Agrega este autor que la cuestión es distinta en los convenios “en sentido fuerte”, destinados a reglamentar algunos supuestos determinados de la sociedad o de las relaciones entre los socios con esta. Siempre y cuando el convenio no afecte el interés social o algún otro límite –indica el autor–, los terceros podrían formar parte de los convenios, aunque se pronuncia en contra de los convenios mediante los cuales el sindicado se obliga frente a una entidad financiera a votar determinadas materias conforme a lineamientos preestablecidos en el convenio o previa consulta a esta.

²⁷⁹MOLINA SANDOVAL, C. A., *Sindicación...*, op. cit., p. 87.

Alude al supuesto en que se otorga una línea de crédito y se encuentra interesada la entidad que lo brinda en que la compañía siga un determinado rumbo en sus negocios respecto a la distribución de utilidades, de modo de garantizar la capacidad de pago por la sociedad de las sumas mutuadas. Señala que esta sería una hipótesis de control externo de derecho, proscrito en el Derecho argentino y agrega que encubriría la consecución de fines extrasocietarios haciendo responsables solidariamente a los responsables sindicados por daños.

Sobre esta última hipótesis, en cuanto a la tipicidad deberá analizarse al calificarlo cada negocio si ingresa en el tipo contractual convenio de sindicación tal como se lo caracterizó –tipicidad de configuración–, lo que incidirá luego en la regulación.

En el supuesto descrito es probable que se trate de un contrato bilateral o unilateral y deberá conectarse con el derecho de las garantías; en esa sede deberá procurarse el régimen supletorio y analizarse la licitud.

Si auténticamente se ingresa en un supuesto de control, que no está prohibido, a través del especial vínculo que el supuesto negocio crearía, las consecuencias serán las previstas en las respectivas LS para las hipótesis de control.

A mi juicio, la sociedad no debe considerarse un tercero a los efectos de evaluar si son de aplicación las normas que habilitan ciertos efectos cuando el convenio ha sido celebrado por accionistas, tampoco cuando se exigen ciertos requisitos si comparecen terceros, tampoco para aquellas situaciones en que se imponen ciertos ritualismos si comparecen terceros; el concepto terceros debe reservarse para aquellos que no son socios o accionistas, ni gerentes o administradores, ni la propia sociedad.

En España, la mayoría de la doctrina es conteste en admitir la posibilidad de que terceros se incorporen al pacto parasocial, sin que esto haga salir a la figura del tipo.²⁸⁰ Aunque el TS español, en sentencia del 4 de junio de 2010 ha señalado que: *“pues bien, con independencia de que los pactos parasociales, en cuanto convenios celebrados por varios o incluso todos los socios a fin de regular sus relaciones internas, no están constreñidos por los límites que a los acuerdo sociales y a los estatutos imponen reglas societarias –de ahí gran parte de su utilidad–, es o cierto que los tres primeros submotivos hacen supuestos de la cuestión al intentar transformar un*

²⁸⁰FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., p. 172; MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., pp. 34-35. En contra, VALMAÑA CABANES, A., *El régimen jurídico del protocolo familiar*, Ed. Comares, Albolote (Granada), 2014, pp. 82 y 251, quien parte de la imposibilidad, salvo norma expresa en contrario, lo que existe en España para los protocolos familiares.

contrato suscrito por la sociedad con un tercero -que ha sido el punto de partida de la sentencia recurrida-, en un pacto parasocial, por el hecho de haberse gestado en un típico pacto de organización”; opinión que no es pasible de ser compartida, según la tipificación que efectuamos en los párrafos precedentes.²⁸¹

f) Participación de los administradores

Otro aspecto relevante dice relación con los convenios en los que emiten su voluntad los administradores o integrantes del directorio de la sociedad, que involucra dos vertientes en lo referido al proceder de los pactantes: una, la del administrador no socio y el comportamiento exigible al mismo; y otra la del socio administrador.²⁸²

Los pactos parasociales por los que los miembros del órgano de administración se obligan a seguir las instrucciones u orientaciones de socios o accionistas han generado debate en la dogmática. Esto involucra a los pactos celebrados con quienes al momento del perfeccionamiento del negocio revisten la calidad de tales, o con aquellos celebrados con quienes serán propuestos por los socios o accionistas para ser designados administradores, y antes de ello se obligan suscribiendo un pacto parasocial, negocio este último que tendrá como requisito voluntario de eficacia – condición– que efectivamente sean designados. En este segmento estamos analizando los componentes personales del pacto, por lo que el análisis en torno a qué se les indica puntualmente, solo es planteable luego de admitida la posibilidad de sindicarse de estos. También en sede de objeto debe ubicarse el análisis de los pactos por los que los socios acuerdan impartir instrucciones a los administradores o directores designados por ellos, lo que merece análisis en sede de objeto.

El administrador, señalaba en la doctrina clásica Madariaga, está obligado a observar un determinado comportamiento y diligencia y una cuidadosa disciplina; por lo tanto no puede considerarse legítima, agrega, una cláusula de sindicación que lo obligue a votar siempre de acuerdo con las instrucciones que recibe del sindicato, porque

²⁸¹ Cfr. MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., p. 35.

²⁸² En la práctica de ejercicio profesional, ante los debates que genera esta posibilidad, hemos acudido como alternativa a pactar la garantía de expresión de voluntad de un tercero –*porte fort*– por parte de los accionistas o socios otorgantes, respecto de directores que respectivamente designaran.

entonces, a juicio de este autor, no habría diligencia ni representación leal, al tiempo que se atentaría contra el funcionamiento y estructura.²⁸³

En Brasil, para el caso de registro del convenio ante la sociedad, esta última, los directores y los accionistas deben ceñirse a él, en tanto regulen la compraventa de acciones, la preferencia para adquirirlas, el ejercicio del derecho de voto y aquellos que versen sobre el poder de control.

Esto surge de la LS anónimas brasileña desde su aprobación en 1976, aunque en su redacción original, no trataba explícitamente de la posibilidad de que los votos de los miembros del “conselho de administração” estuviesen vinculados a la decisión previa de los accionistas sindicados.

En 2001, la actuación del Consejo de Administración se vio profundamente impactada por la reforma de la ley. Dicha reforma introdujo dos párrafos específicos, § 8º y § 9º, en el art. 118, que, para superar los problemas de ejecución que son comunes en otros ordenamientos, a las obligaciones emergentes del convenio, tornó a los administradores aplicadores de lo que devenía impuesto como consecuencia de la celebración del convenio, determinando que el miembro del consejo de administración electo por los sindicados, que eventualmente no comparta lo que se decidió votar por las partes del convenio, si pretendiera votar de modo diferente “não terá seu voto computado pelo presidente do conselho” (§ 8º). Asimismo, supongamos que se comunicó al Presidente que el sindicato había decidido votar um asunto de determinada forma, si el pretense incumplidor se abstiene de votar, no se expresa o se va de sala, la ley asegura a los pactantes que este proceder no se verificará, pues se asegura a la parte perjudicada el derecho de votar por aquel que faltó, se ausentó o se abstuvo (§ 9º). Así, si dos directores fueron electos por los accionistas parte de un sindicato, el que está dispuesto a cumplir vota por él y por el del comportamiento omiso.

De esta forma, todas las conductas posibles para incumplir son conjuradas por la legislación, pionera en lo que hoy se conoce como función preventiva del sistema de responsabilidad civil, que evita que se verifique el dañar indemnizando.

Existen en Brasil contemporáneamente tres corrientes de interpretación jurídica acerca del efecto de la potencial paradoja entre el deber de independencia de los directores, administradores, y la vinculación que viene de referirse.

²⁸³MADARIAGA, J. R., *La sindicación de acciones*, op. cit., p. 138, seguido más recientemente por MOLINA SANDOVAL, C. A., op. cit., p. 234.

Por un lado, algunos autores argumentan que el deber de independencia es compatible con la vinculación de voto de los administradores, porque el acuerdo de control representa el interés social, por lo que la vinculación de los administradores para ejercer el voto conforme al interés social está plenamente de acuerdo con sus deberes como tales y con la diligencia que deben aplicar en defensa del interés social. Así, no hay incompatibilidad entre las respectivas normas, los administradores están para atender el interés social y allí en el acuerdo este último está plasmado de forma asertiva.²⁸⁴

Otros entienden que la armonización entre el deber de independencia de los administradores y la legitimidad que la ley brasileña otorga a los acuerdos de accionistas sobre el voto que involucra a los integrantes del órgano de administración, se consigue en una interpretación sistemática. Dicha interpretación, arroja la siguiente norma de los respectivos enunciados normativos: los administradores, si bien tienen su voto vinculado a lo que surge del convenio, tienen una causa de justificación para abstenerse de ejecutar la conducta debida, si su cumplimiento es contrario al interés social. En tanto, al existir el deber de independencia del administrador, aun vinculado por el pacto archivado en la compañía, puede, sirviéndose de esa causa de justificación, no ejecutarlo, sin incurrir en responsabilidad.²⁸⁵

²⁸⁴ En esta posición, ARAGÃO, P. C., “A disciplina do acordo de acionistas”, en *Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controversas da Lei nº 10.303, de 31.10.2001*, J. Lobo (Ed.), Forense, Rio de Janeiro, 2002; CARVALHOSA, M. A., en *Comentários à lei das sociedades anônimas*, vol. 3, 4ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2009, y luego en “A vinculação dos administradores ao Acordo de Controle (§§ 8º e 9º do artigo 118 da LSA)”, *Sociedades anônimas e mercado de capitais*, A. Wald, F. Gonçalves & M. A. S. de Castro (coords.), Ed. QuartierLatin, San Pablo, 2011, pp. 41-46; EIZIRIK, N., “Acordo de Acionistas – arquivamento na sede social – vinculação dos administradores de sociedade controlada”, en *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nro 37, año 2003, pp. 45-53; PEDREIRA, J. L. B., “Acordo de acionistas sobre controle de grupos de sociedades. Validade da estipulação de que os membros do conselho de administração de controladas devem votar em bloco segundo orientação definida pelo grupo controlador”, en *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, 5(15), 2002, pp. 226-248, *apud* GELMAN, M., KABBACH DE CASTRO, L. R. y SEIDLER ABBACH DE CASTRO, V., “Efeitos da vinculação de Conselheiros ao acordo de acionistas no valor da firma”, en *Revista de Administração de Empresas FGV-EAESP*, vol. 55, Nº 3, mayo-junio 2015, San Pablo, p. 348.

²⁸⁵ ADAMEK, M. V., *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)* Saraiva, San Pablo, 2009; CEREZETTI, S. C., “Administradores independentes e independência dos administradores (regras societárias fundamentais ao estímulo do mercado de capitais brasileiro)”, en L. A. N. M. Azevedo, *Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais* Ed. QuartierLatin, San Pablo, 2010, pp. 575-593; SALOMÃO, C. (h), *O novo direito societário*, 3ª ed., Ed. Malheiros, San Pablo, 2006; WALD, A., “A evolução do regime legal do conselho de administração, os acordos de acionistas e os impedimentos dos conselheiros decorrentes de conflitos de interesse”, en *RDB-Revista de Direito*

Un tercer grupo de doctrinarios brasileños sostiene que una norma que postule un deber de independencia es incompatible con lo dispuesto en los §§ 8º y 9º del art. 118 de la LS anónimas brasileña, la que creó una regla que compromete el deber de independencia en ese caso. Diremos que para estos autores se acotó el ámbito de eficacia material de la norma que establece la independencia, la que cesa en caso que se haya celebrado un acuerdo que comprometa el voto de los integrantes del órgano de administración.²⁸⁶

En el relevamiento del panorama doctrinario que viene de efectuarse consideramos la situación de administradores que realmente ocupan dicho rol. No nos referimos a la situación denominada popularmente como “laranjas”, directores interpuestos fictamente. Como señala Poidomani al analizar el uso de interpuestas personas como forma de simulación en las sociedades brasileñas: *“Inicialmente, apresenta-se o conceito daquilo que é comumente chamado por ‘laranja’ e quais as formas em que normalmente é empregada esta figura, através da elucidação dos conceitos de sócio, administrador e procurador”*. *“A figura do ‘laranja’ tem sido muito abordada nos meios de comunicação brasileiros e ele poderá aparecer em situações diversas [...] é possível ainda que haja um ‘laranja’ quando o sócio real não está no quadro de sócios, mas é o administrador, quando o sócio real é mero procurador, ou quando o sócio real sequer aparece em qualquer ato, assumindo o risco para tanto”*.²⁸⁷

En España -releva el autor madrileño Martínez Rosado- hay dos preceptos que se refieren a los convenios que involucran a los administradores, sin regularlos: el art. 5.1.b) del RD de OPAS y la disposición transitoria tercera de la Ley de Transparencia. El art. 24.1.a) del Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea, obliga al accionista a notificar a la sociedad la

Bancário e do Mercado de Capitais, 4(11), 2001, pp. 13-30, *apud* GELMAN, M., KABBACH DE CASTRO, L. R. y SEIDLER ABBACH DE CASTRO, V., “Efeitos da vinculação de Conselheiros...”, *op. cit.*

²⁸⁶FRANCO, G., *A nova Lei das S.A. e o Conselheiro Laranja. O Estado de S. Paulo*, 15.2001 <http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/a125.htm>; TOLEDO, P. F. C. S., “Modificações introduzidas na Lei das Sociedades por Ações, quanto à disciplina da administração das companhias”, en J. Lobo (coord.), *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*, 2ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002. pp. 423-452; *apud* *ibíd.*

²⁸⁷POIDOMANI, I. L., “A Simulação através de Sociedades Empresárias e o âmbito de atuação pela autonomia privada no Direito Empresarial”, pp. 134-136, disponible en https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/21781/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_ISABELLA%20LUCIA%20POIDOMANI.pdf, consultado el 6 de setiembre de 2020.

posibilidad de ejercitar un porcentaje de derechos de voto que supere los umbrales que prevé el art. 23 de la misma norma, cuando dicha posibilidad sea consecuencia de la celebración de un acuerdo con un tercero, que les obligue a adoptar, mediante el ejercicio concertado de los derechos de voto de que dispongan, una política común duradera en lo que se refiere a la gestión de la sociedad o que tenga por objeto influir de manera relevante en la misma.²⁸⁸

El primero establece la obligación de formular una oferta pública de acciones, cuando, como consecuencia del pacto por el que se regula el voto en las comisiones ejecutivas o delegadas del consejo, uno o varios accionistas alcancen el control de la sociedad cotizada; la segunda se ocupa del régimen transitorio de los pactos parasociales existentes al tiempo de entrada en vigor de la Ley de Transparencia que afectarán a cualquier órgano societario. Esto más allá de algunos proyectos de ley que pretendían inhibir su celebración que hasta la fecha no se han concretado.

Cierto sector de la doctrina española sostiene que el vínculo entre el administrador y la sociedad es un negocio jurídico bilateral de carácter contractual compuesto por dos declaraciones de voluntad, una de la sociedad que lo designa y otra del administrador que acepta, lo que implicaría un contrato mixto, que tendría componentes de mandato, arrendamiento de servicios.

Desde esta perspectiva “contractualista” del vínculo consejero-director con la sociedad, se argumentó en España por Paz-Ares que la figura a la que debe asimilarse la situación de los administradores es la del mandato. Esto último, en tanto el encargo es esencialmente revocable; pues conforme dispone el art. 223 de la LSC española, deben ceñirse a lo que indique el órgano de gobierno. Este último a su vez puede adoptar resoluciones en las que se les ordene cómo preceptuar en los negocios sociales, salvo que en el estatuto se previera lo contrario, según establece el art. 161 de la LSC. De esta forma, el órgano de administración oficia como un gestor de los negocios sociales cumpliendo un encargo, instrucciones de la Asamblea, si bien resuelve otros asuntos según su criterio, como cualquier mandatario lo hace en cumplimiento de un encargo de la pluralidad de mandatarios que son los socios, todos los socios; de allí se infiere que no es admisible que un director reciba instrucciones individuales de un grupo de

²⁸⁸MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., pp. 327-354.

mandatarios. Partiendo así de encartar la situación de los administradores en un negocio gestor, las instrucciones que emanan de la junta son parte del mandato conferido; las que sean brindadas por algunos socios no lo son, pues excluyen a ciertos mandantes: los socios que no integran la sindicación. Para salvar la previsible inconsistencia respecto a que puede haber socios que voten negativamente a la instrucción en la junta, el catedrático madrileño señala que al conformarse el vínculo entre los mandantes estos aceptaron que sería la mayoría de la junta la que determinaría el contenido de las instrucciones y por tanto, Mas allá de su voto en contra, debe asumirse como querida la decisión, pues ellos mismos al incorporarse a la sociedad se obligaron en esos términos. En cambio manifiesta el autor: “las instrucciones privadas deben rechazarse, incluso aunque sean conformes al interés social, porque de lo contrario estaríamos admitiendo la afectación por una parte (por el grupo integrado en el pacto de voto) de la esfera de terceros (los socios que no son parte del pacto). Nótese que, debido al margen estructural y al margen epistémico de acción que brinda la cláusula del interés social, para los terceros ajenos al pacto no es irrelevante ni la identidad personal, ni la posición jurídica ni la responsabilidad de los agentes llamados a hacer la valoración y tomar la decisión. Y, siendo así, no puede ser sustituido su criterio por el de una parte o fracción de los socios sin quebrar las reglas del juego que definen el procedimiento de formación de la voluntad colectiva”.²⁸⁹

En similar dirección, Alfaro Águila-Real ha dicho que la tesis reformulada por Paz-Ares en sus últimos trabajos sobre la materia ha permitido formular un principio fundamental del Derecho de sociedades: “el sometimiento de los administradores al interés social en cumplimiento de sus deberes fiduciarios les prohíbe ‘servir a dos amos’, lo que sucede siempre que deban recibir instrucciones de alguien que no sea la propia sociedad a través de sus órganos”. A partir de allí, infiere nulidad de los que califica de “mandatos privados” a los administradores. Remata indicando que la necesidad de tratar los pagos a un administrador por parte de un tercero, un accionista o un tercero, como transacciones que “solo son legítimas bajo estrictas condiciones de independencia, transparencia y equidad”.²⁹⁰

²⁸⁹PAZ-ARES, C., “Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el Consejo”, disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/780_es.pdf, consultado el 25 de setiembre de 2020, transcripción de p. 17.

²⁹⁰ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La regulación de los pactos parasociales en la propuesta de Código Mercantil”, disponible en <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2013/11/la-regulacion-de-los-pactos.html>, consultado el 20 de setiembre de 2020.

Juan Gómez, en la misma línea, señala “que debe negarse la validez de los pactos reservados que vinculen directamente a los administradores, o indirectamente, a través de pactos en los que estos no sean parte pero que obliguen a los firmantes a instruir a aquellos. Es nulo todo pacto que tenga por objeto afectar la formación de la voluntad de los administradores”. Luego de adherir a la tesis de Paz-Ares, indica “[...] que salimos al paso de todo aquél que pudiera plantearse que en definitiva un administrador puede ser a su vez socio y, como tal, condicionar sus futuras decisiones en consonancia a un pacto parasocial. A nuestro parecer es absurdo sostener tal dualidad esquizofrénica”; y agrega un argumento del texto del apartado d) de la LSC española, que en su art. 228 expresa que el administrador debe desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal, con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros. Cabe inferirse de lo que menciona el autor, que mal se podría entonces actuar con libertad de criterio, juicio e independencia, si se está condicionado por lo que surge del pacto parasocial.²⁹¹

Sin embargo, la postura que reconduce al vínculo entre los administradores, consejeros, directores y los socios al mandato no es de recibo. Esto sin que implique apegarse a una visión institucionalista que entendemos superada. Plantear el asunto en términos de: o se acepta el mandato o se es institucionalista, es una falsa oposición. Como decía Mengoni, un interés superior no existe en el campo de las sociedades mercantiles, la sociedad es siempre concebida como punto de referencia de una comunidad de intereses de los que son sujetos los socios y solamente lo socios. Volveremos sobre el punto al analizar el objeto de los convenios de sindicación y la incidencia del referido como “interés social”.²⁹²

Sin embargo, una visión contractualista de la sociedad no comporta necesariamente subsumir la relación entre los administradores y los socios a la figura del mandato. En efecto, como señalaran Verón y luego Cabanellas de las Cuevas en la Argentina, la aceptación del cargo por el director no implica la perfección de ningún

²⁹¹JUAN GÓMEZ, M. C., “Eficacia ad extra de los pactos parasociales. ¿Realidad o ficción?”, en *Diario La Ley*, N° 8578, Sección Doctrina, 8 de julio de 2015, Ref. D-273, Ed. LA LEY, p. 4-5, disponible, en <https://docplayer.es/52508666-Eficacia-ad-extra-de-los-pactos-parasociales-realidad-o-ficcion-mateo-c-juan-gomez-abogado-bufete-buades.html>; consultado el 20 de setiembre de 2020.

²⁹²MENGONI, L., “Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea delle società per azioni”, *Rev. delle Società*, 1956, p. 442.

contrato, se trata de un doble acto unilateral, la designación uno y la aceptación el otro, que no comporta la aceptación de una oferta, sino que es un acto que hace que la designación surta efectos.²⁹³

Se trata de un acto jurídico y no de un negocio jurídico, no existe en el caso ejercicio de la autonomía privada, no hay poder normativo para regular al respecto, sino que el sujeto pasa a ser el soporte de un órgano, una vez que acepta, y en él recaen todas las consecuencias normativas preimpuestas. Como indicaba Ferri, en los meros actos jurídicos, la modificación jurídica, los efectos jurídicos, no están “conformados” por la voluntad del agente, sin por completo predeterminados mientras que los actos normativos los efectos están previstos al menos en parte en el mismo negocio. “El mero acto al igual que el mero hecho, actúa en la producción de efectos jurídicos como mera causal [...] así no tiene sentido atribuir un poder al agente en un mero acto, porque también aquí el efecto jurídico la concreción de la norma, es del todo independiente de la voluntad del agente” “El razonamiento tiene valor no solo para los actos ilícitos y los actos lícitos no expresamente previstos sino para la más restringida categoría de los actos jurídicos típicos o formales”.²⁹⁴

Esto no implica que no puedan haber otras vinculaciones entre la sociedad y quien fuera designado administrador, pero estas estarán originadas en otros negocios jurídicos, no pueden confundirse con la integración del órgano societario, esta última constituye la relación básica del integrante del órgano con la sociedad y está fundada en la designación de aquel.

También la doctrina española que comparte la visión organicista de la estructura de la sociedad se ha expedido negando validez a los pactos parasociales para el órgano de administración.

El profesor de Valencia Vicent Chuliá indicaba: “Un supuesto claro de ilicitud y no obligatoriedad del contrato de sindicación y de los concretos acuerdos del sindicato encontramos cuando se pretenda someter a los mismos la actuación de los administradores sociales sea en contenido de sus decisiones, o bien en el procedimiento de adopción por ejemplo, exigiendo que sean por unanimidad, puesto que estos – ejercitando en el caso el voto en el seno del Consejo de Administración– ejercen una

²⁹³CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 4 – *Los órganos societarios*, op. cit., pp. 33-37.

²⁹⁴FERRI, L., *La autonomía privada*, op. cit., pp. 324-325.

función como representantes orgánicos de la sociedad, en defensa de los intereses de ésta y responden frente a la misma, los accionistas y los terceros”.²⁹⁵

Este mismo autor propugnaba la nulidad tanto de los acuerdos que pretendan influir en lo que deben resolver, en el contenido dispositivo de las resoluciones y también de aquellos que pretendiesen regular el procedimiento de adopción de las decisiones, exigiendo mayorías superiores a las legales.²⁹⁶

Se ha postulado así que la participación de los administradores repugna a la estructura orgánica de la sociedad, pues la dirección, supervisión y gestión están asignadas al órgano de administración y no a los socios o accionistas, menos aún a una parte de ellos. Estos pactos trasladan de modo ilegal, la administración, el grupo de sindicados, que ya no podrán actuar conforme con el interés social, sino con el interés de quienes los mandan. Hemos de estimar que están claramente en juego principios fundamentales que constituyen la base misma de la organización de la sociedad anónima, porque nos parece exacto que los fundamentos relativos a la organización de las sociedades anónimas se oponen a que los administradores comprometan su voto, o el voto de otro, dentro del Consejo de Administración, en desprecio de los intereses sociales y en la ignorancia de los acontecimientos futuros que pueden hacer este compromiso previo perjudicial para la sociedad.²⁹⁷

Para esta doctrina, el administrador debe actuar únicamente en función del interés social, conforme le dicte su conciencia y no según las obligaciones asumidas por anticipado. En esta línea, se sostiene que la celebración del pacto en sí constituye un apartamiento del deber de lealtad por parte del o los administradores que lo celebren.²⁹⁸ En esta visión, los acuerdos que imponen una actuación a los administradores son ineficaces en aras al superior interés social y no puede condicionarse en forma alguna la libertad de voto, como sí es posible para la doctrina contemporánea en la asamblea o junta general.

Se infiere así una norma de carácter imperativo derivada de la propia estructura de las sociedades, una regla de orden público, que impide la celebración de

²⁹⁵MENÉNDEZ, A., “Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la Sociedad Anónima”, en AA.VV., *Estudios en homenaje a Rodrigo Uria*, pp. 351-380.

²⁹⁶VICENT CHULIÁ, “Licitud, eficacia...”, *op. cit.*, pp. 1235-1236.

²⁹⁷MENÉNDEZ, A., “Los pactos de sindicación para el órgano...”, *op. cit.*, p. 367.

²⁹⁸Ibíd., pp. 370-371.

negocios que impliquen el sentido o la definición del voto en los órganos de administración.

En el mismo sentido, Feliu Rey señala que si de la ley se extrae la diferenciación competencial y de funcionamiento entre la junta y el consejo de administración y los deberes inherentes a la condición de administrador, la suscripción de un pacto parasocial no puede implicar que los socios otorgantes asuman un rol que no les es atribuido por ley, y como contracara que les sea posible constreñir el proceder de los administradores. Con cita de Font Galán postula el autor madrileño un papel central del deber de fidelidad de los administradores al interés social que sirve de parámetro normativo que estructura los otros deberes específicos.²⁹⁹ Lo plantea el autor en términos de “sentido común, si tal hecho no es lícito en los supuestos establecidos por el Derecho de sociedades, que rechazan la intromisión de la junta en las condiciones y con los límites indicados en la actuación del órgano de administración con mayor contundencia deberá afirmarse su ilicitud cuando se refiere al efecto de una figura como son los pactos que es ‘extraña’ al Derecho de sociedades y que de la que el mismo predica su ineficacia frente a la sociedad y terceros. El reconocimiento de la efectividad del pacto respecto a la actuación de los administradores estaría implicando el otorgamiento de un papel que la propia Ley no le reconoce”. Remata su razonamiento indicando que el único supuesto de injerencia reconocido expresamente por Ley refiere a la Junta, según el art. 161 de la LSC española, como órgano que manifiesta la voluntad social, no a los socios individualmente considerados; entonces, las “injerencias emanadas de un contrato serán nulas frente a los administradores, ya que no están recogidas en la *exceptio legis*. Carecería de base admitir la eficacia de estos pactos cuando están suscritos solo por algunos socios, lo que acarrearía seguramente el desconocimiento de su existencia y/o contenido por los demás. De ser así, se permitiría que los administradores pudieran actuar a favor o en beneficio de solo algunos de los socios y probablemente en perjuicio de los demás o en detención a sus intereses además del interés social.”.³⁰⁰ Citando el trabajo de Paz-Ares que hemos referido, reafirma: “... no debemos olvidar que los administradores representan a la sociedad y, por tanto, si se admitiera la validez y eficacia de pactos como los descritos, estaríamos reconociendo la

²⁹⁹FONT GALÁN, J., “La fidelidad al interés social como concepto normativo estructurante del sistema de deberes de los administradores sociales. Su función normativa integradora de la diligencia y de la lealtad”, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, t. I, Ed. Bosch, Madrid, 2007, p. 601 y ss.

³⁰⁰ *Ibíd.*, p. 163.

oponibilidad del pacto frente a la sociedad, hecho, insistimos, que es contrario a una disposición legal (art. 29 LSC). Por tanto y como conclusión, tales pactos deben considerarse nulos”.³⁰¹

Sin embargo, de concluirse de esta forma no es admisible luego, planteando que se trata de una cuestión diversa, analizar el contenido del acuerdo, y si se obligan a actuar defendiendo el interés social o no. En efecto, si se parte de que, por la estructura de órganos no es admisible la injerencia, y el negocio es nulo, el ordenamiento no lo secundaría en ningún caso.

Distinto es asumir que la mera participación de los administradores no comporta la nulidad del pacto; entonces, de regla este es válido, salvo que por su contenido se vulnere alguna norma jurídica. Esto lleva el asunto al elemento estructural objeto.

En esta forma de razonamiento no se rechaza liminalmente el negocio por la participación de administradores y la pretensión de que se circunscriban a cierto programa de conducta, sino que asumida la posibilidad de que puedan celebrarlo, debe analizarse el contenido de lo pactado, un abordaje distinto de sostener la nulidad por la mera participación.

Sostener la nulidad por cuanto participen los administradores y luego postular que hay que analizar el contenido no son posturas conciliables, o se entiende que de regla es nulo, o se admite que es válido.

Si se admite que es válido, corresponderá analizar, a nivel de objeto, si es lícito que los administradores puedan obligarse a votar en determinado sentido; luego si se admite esto, recién podrá analizarse si se vulnera el interés social según la prestación que concretamente deben ejecutar, v. g., votar en un sentido u otro, votar siguiendo tal pauta.

Así, de regla los pactos son válidos, residiendo la cuestión en los límites a la autonomía privada en cuanto a su contenido.

Como señaláramos en otra oportunidad, no resulta de recibo expedirse *ex ante* en torno a la ilicitud del convenio de sindicación, por el mero hecho de que

³⁰¹ Íd.

participe en él un administrador o director, sino que la legitimidad de cada decisión deberá evaluarse *ex post facto*.³⁰²

La respuesta del ordenamiento, para el caso de obrar desajustado a Derecho, transita por la responsabilidad civil de los administradores o directores, si correspondiere.

La responsabilidad civil de los administradores es una hipótesis patológica, vinculada a la rigurosa determinación de la falta del comportamiento debido respecto al correcto desempeño del cargo o del incumplimiento de específicos comportamientos impuestos por la ley, el estatuto y los reglamentos.

Del comportamiento inconforme a Derecho de los administradores puede originarse un perjuicio a la sociedad, pero además, la violación por parte de los administradores de los deberes que les incumben puede dañar a los socios o accionistas individualmente considerados y a un espectro amplísimo de terceros, que van desde los acreedores sociales a, por ejemplo, una sociedad controlada que padece daño por la conducta de los administradores de la controlante.

El esquema sobre el que se fundan las hipótesis de convocatoria de responsabilidad refiere, entonces, al daño a la sociedad, a los accionistas y a los terceros.

No siempre surge de la ley un elenco preciso de todas las conductas que son exigibles a los directores, el motivo resulta evidente, tantos son los comportamientos que puede asumir el director y tan variados en el desarrollo de la actividad social que una enunciación completa sería prácticamente imposible.

Las clasificaciones, en general incompletas y desorganizadas, no revisten interés práctico, salvo una, la que distingue entre: i) aquellas obligaciones que tienen un contenido específico, precisamente determinado por la ley, el estatuto o los reglamentos y ii) aquellas en las que no surge precisada la conducta debida de un específico enunciado normativo y en cada caso hay que determinar cómo debió comportarse el sujeto en su gestión en función de las circunstancias del caso, donde deberá precisarse qué comportamiento debía desplegar el actor.³⁰³ En el ámbito de la responsabilidad de los directores, los hechos dañantes pueden consistir, entonces, en el incumplimiento, en sentido material, de conductas impuestas por la ley, el estatuto o los reglamentos, a las

³⁰² AMORÍN, M., *Convenios de Sindicación...*, op. cit., p. 70.

³⁰³ Cfr. BONELLI, F., *Gli amministratori de società per azioni*, Ed. Giuffrè, Milán, 1985, pp. 160-162; CONFORTI, Césare, *La responsabilità civile degli amministratori di società*. Trattati a cura di Paolo Cendon, t. I, Giuffrè Ed., Milán, 2003, p. 203 y ss.

que la doctrina italiana contemporánea caracteriza por especificidad, para los que el factor de atribución es objetivo. Entre estos es clásico mencionar: irregularidades en la contabilidad, omisa, retardada o ilegal, confección de los estados contables, creación y utilización de fondos “en negro”, ilegal sobrevaluación del patrimonio social, deber de convocar a la Asamblea cuando esto corresponde, entre otros.³⁰⁴ Otro grupo de posibles hechos dañantes se conforma con cualquier otra conducta desplegada por los directores que genere un daño.³⁰⁵

Si lo resuelto por el sindicato importa la adopción de proceder inconforme a Derecho, entonces habrá dos alternativas: o el director incurrirá en responsabilidad civil, según viene de referirse, o no se ceñirá a lo resuelto por el sindicato.

En este último caso, no será pasible de convocatoria a responsabilidad por el supuesto incumplimiento originado en no haber obrado conforme resolvió el sindicato que integraba, pues se trata de un supuesto de imposibilidad jurídica en la ejecución de la prestación a su cargo. Respecto al contenido de lo normado en cada convenio y los posibles supuestos de ilicitud, se volverá al analizar el elemento estructural Objeto.

g) Participación de la sociedad

Sería concebible que la sociedad pudiera celebrar un negocio jurídico con sus socios o accionistas, por ejemplo, en el que estos se obligaran a asumir un comportamiento determinado, siguiendo las instrucciones que emanen de los órganos de administración, o dirección de la sociedad, por ejemplo, no votando contra lo que proponen.

No es admisible tal posibilidad.

En el Derecho alemán, en el art. 136 de la ley de sociedades de aquel país se establece que: “*Será nulo todo contrato mediante el cual un accionista se obligue a*

³⁰⁴ Al respecto puede consultarse, CONFORTI, C., *La responsabilità civile degli amministratori...*, t. I, op. cit.

³⁰⁵ AMORÍN, M., “Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas. El factor de atribución”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 229 marzo/abril 2008, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 473 y ss., p. 477.

exercer el voto siguiendo las instrucciones de la sociedad, del Directorio o del Consejo de Vigilancia de la sociedad, o siguiendo las instrucciones de una empresa dependiente". En el mismo sentido, el art. 17.3 del Código de Sociedades Comerciales portugués dispone: "3 - São nulos os acordos pelos quais um sócio se obriga a votar: a) *Seguindo sempre as instruções da sociedade ou de um dos seus órgãos*; b) *Aprovando sempre as propostas feitas por estes*".

Aun en sistemas que no tienen previsiones similares, dicho contenido debe rechazarse por reputarse ilícito. Se volverá sobre el asunto al analizar el objeto.

Pero incluso en ausencia de un contenido de este tipo en el convenio que tuviera a la sociedad como pactante, en ciertos ordenamientos se prevé que la sociedad, por un lapso acotado y en función de esas circunstancias, puede devenir accionista. Parece surgir la acotada posibilidad jurídica de la sociedad de participar en un convenio de sindicación cuya finalidad se vincula a la propia sociedad, a la sazón pactante.

La adquisición de acciones por la sociedad para las sociedades anónimas, en Uruguay está regulada en el art. 314 de la LS, que establece que excepcionalmente, a fin de evitar un daño grave, pueda la sociedad adquirir las mismas con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres cuando estén completamente integradas, lo que será justificado en la asamblea ordinaria siguiente a la adquisición; o que se verifique por integrar el activo de un establecimiento comercial que adquiriera o de una sociedad que incorpore. Asimismo, se establece que el directorio enajenará las acciones adquiridas dentro del término de un año, salvo prórroga por la asamblea. Se aplicará el derecho preferente previsto en el art. 326 de la misma ley; no se computarán para la determinación del quórum ni de la mayoría en las asambleas.

En el Derecho brasileño, el art. 30 de la LS, prevé "*a aquisição, para permanência em tesouraria ou cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social, ou por doação*". Estas acciones no tienen derecho de dividendo ni de voto (§ 4º) y para el caso de las sociedades abiertas, la adquisición de las propias acciones obedecerá a las normas de la "*Comissão de Valores Mobiliários, que poderá subordiná-la à prévia autorização em cada caso*".

En la Argentina, el art. 220 de la LSC permite a la sociedad adquirir acciones que emitió solo para cancelarlas y previo acuerdo de reducción del capital; excepcionalmente, para evitar un daño grave que debe ser justificado en la asamblea siguiente, con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres cuando estuvieren

completamente integradas; o para integrar el haber de un establecimiento que adquiere o de una sociedad que incorpore. También, al igual que en Uruguay, deben ser enajenadas por el directorio dentro del plazo de un año (art. 221, 1º., LSC), salvo prórroga por la asamblea. Señala Molina Sandoval que parece vicioso y circular que la propia sociedad sea partícipe de un convenio de sindicación; la posibilidad de que una sociedad comercial adquiriera sus propias acciones tiene carácter excepcional y una finalidad específica; además, debe tenerse en cuenta que su participación no se debe considerar para el quórum. Agrega que aun admitiendo la posibilidad de que la sociedad emisora de acciones forme parte del sindicato, el art. 221, 2do párrafo, de la LS argentina, establece: *“Los derechos correspondientes a esas acciones quedarán suspendidos hasta su enajenación; no se computarán para la determinación del quórum ni de la mayoría”*.³⁰⁶

En España, la situación se encuentra regulada por los arts. 74 a 81 de la LSA de España y por el art. 134 de la LSC. Como indica el profesor salamantino García-Cruces González, esos artículos recogen una pluralidad de prohibiciones (cfr. arts. 74, 75, 77 y 81 de la LSA) que parecen responder a un principio común prohibitivo de estas operaciones, para –a continuación– establecer supuestos y consecuencias en los que se admite de forma condicionada la posible transmisión. Esta opción legislativa está generalizada en el Derecho comparado, pese a la pluralidad de supuestos que nos obligan a diferenciar los casos en que la autocartera implique una adquisición originaria o derivativa de acciones, con carácter gratuito u oneroso, etc. El legislador español, siguiendo lo dispuesto en los arts. 18 a 24 de la Segunda Directiva CEE, del 13 de diciembre de 1976, sobre la constitución de la sociedad, así como el mantenimiento y las modificaciones de su capital, es refractario y acota esta práctica, cuyo análisis trasciende el objetivo del presente.³⁰⁷ Respecto de los derechos políticos de las “acciones propias”, el art. 79 de la LSA española establece: *“Quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos incorporados a las*

³⁰⁶ Cfr. MOLINA SANDOVAL, C. A., *Sindicación...*, op. cit., p. 86.

³⁰⁷ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “La adquisición por la Sociedad de sus propias Acciones (La regulación de la autocartera en el Derecho español)”, disponible en Dialnet, [Dialnet-LaAdquisicionPorLaSociedadDeSusPropiasAccionesLaRe-5110182%20\(1\).pdf](#). También puede consultarse PAZ-ARES, C. – PERDICES HUETO, A., “Adquisición originaria de acciones propias”, en [Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid](#), N° 6, 2002, pp. 191-246.

acciones propias y a las de la sociedad dominante, y respecto a los económicos salvo el derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones, serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones”.

Cabe preguntarse, desde el punto de vista dogmático, si existe óbice para que la sociedad se integre como sindicada en un convenio de sindicación o, más ampliamente, que pueda ser parte en un pacto parasocial, en particular en una sociedad anónima, cuando reviste la condición de accionista.

La doctrina clásica para no admitir que la sociedad fuera accionista de sí misma manejaba dos órdenes de argumentos, la imposibilidad “lógica” de la celebración de un convenio en el caso de autocartera, señalándosela como paradójica, o conceptualmente contradictoria, porque convierte a la sociedad en socio de sí misma, autora o mantenedora del acto o situación de voluntad que está en la base de su propia existencia; y en segundo lugar, que la sociedad carece de capacidad jurídica o poder normativo negocial para adquirirlas *ultra vires*.³⁰⁸

Estos argumentos se encuentran hoy día superados, o fuertemente conmovidos. La afirmación de un imposible lógico se asienta en un concepto de persona jurídica que la asumía como existente en la naturaleza, como un ente u órgano distinto de los socios, siendo que el otorgamiento de personalidad jurídica no es más que un expediente técnico para la redistribución de consecuencias jurídicas, alejado de una visión organicista. En torno a la capacidad jurídica y al poder normativo negocial, aun asumiendo una posición clásica en torno al límite en el objeto de la sociedad plasmado en sus estatutos, que desconozca la capacidad general de la sociedad, el óbice no se presenta en tanto el asunto encuentra regulación específica, al menos en los sistemas jurídicos que analizamos, donde se habilita a la sociedad a ser accionista de sí misma, sin perjuicio de las situaciones de obligación que genera la regulación.³⁰⁹

A qué efectos; se dirá, considerando las previsiones que hemos venido de señalar. En España, por ejemplo, cabe preguntarse ¿qué utilidad tiene que la sociedad forme parte de un sindicato de voto cuando, además de la regulación ya referida la LSC en su art. 148.1 suspende el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos a las acciones adquiridas por la propia sociedad? Es dable agregar que celebrar

³⁰⁸ Así, BLANCO CAMPAÑA, J., “La adquisición por la Sociedad de sus propias acciones”, en *RDBB*, Año 1, N° 2, 1981, pp. 221-244 (p. 224); VÁZQUEZ CUETO, *Régimen jurídico de la autocartera*, Madrid, 1995, p. 25 y ss.

³⁰⁹ Me aparto aquí, al haber profundizado el estudio del tema, de lo que sostuve en 2009. AMORÍN, M., *Convenios de Sindicación...*, *op. cit.*, p. 72.

un pacto parasocial que contenga una prohibición de enajenación temporal de las acciones propias constituiría un incumplimiento doloso de la obligación de enajenación de acciones propias que le impone el art. 145 de la LSC.³¹⁰

Sin embargo, podría especularse, por ejemplo, con un convenio que establezca privilegios para la adquisición de acciones por parte de los sindicatos, lo que es una cláusula de estilo en los denominados convenios de bloqueo, en los que se establecen procedimientos para la enajenación de las acciones, y podría establecerse la prioridad de los socios para adquirirlas. Esta previsión no comporta ninguna ilicitud.

En suma, de regla no existe óbice para que la sociedad en situación de autocartera asuma, dentro los límites de las normas que le confieren la posibilidad jurídica de ser accionista, obligaciones en el marco de un convenio de sindicación o pacto parasocial, no existiendo norma jurídica que excluya tal posibilidad, y tomando en cuenta que la sociedad o las estructuras societarias no son más que una forma para distribuir consecuencias entre los unos que pueden ser adjetivados de titulares de riqueza o la pobreza, los seres humanos.

En la práctica, salvo algunos pactos de sociedades cotizadas, o suscritos por pocos socios, entre otros, es usual que pactos parasociales sean “suscritos también por la sociedad”.³¹¹ Esto es habitual de ambos lados del océano Atlántico en el sistema del *civil law*, hacer partícipe a la sociedad del pacto parasocial, más aun cuando se trata del subtipo convenio de sindicación con necesaria vocación de permanencia.³¹² También en

³¹⁰MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., pp. 171-172.

³¹¹FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., p. 152. En Uruguay, esta práctica se desarrolla aun existiendo la posibilidad de la inscripción registral, que pocas veces se utiliza. Se justifica la no inscripción en que a diferencia de lo que ocurre en Brasil, no hay mecanismos de tutela preventiva similares a los de este último país; en Brasil el Presidente no recibe el voto contrario al convenio inscripto y también para preservar la discreción respecto al contenido del acuerdo, que de lo contrario resulta incorporado a un registro público.

³¹² En el Derecho angloamericano se ha postulado la conveniencia de que la sociedad formara parte del pacto en Estados Unidos, al entenderse a la sociedad como una herramienta para llevar a cabo una actividad comercial y como tal, el otorgamiento de la personalidad jurídica, han valorado que cuando los socios titulares de todas las acciones o de una parte sustancial de la misma son parte de un pacto, el mismo es oponible a la sociedad, aun no habiendo esta suscrito el pacto. Cfr. O'NEAL, F. H., “Protecting Shareholders’ control agreements against attack”, *The Business Lawyer*, N° 14, November, 1958, pp. 202 y 203 (p. 203). También que es legítimo el mecanismo para garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones que exigen a su vez un comportamiento activo de la sociedad, en particular en la sociedad familiar o en la “jointventure corporate”. Cfr. LOWER, M., “Shareholders’ agreements”, *Company Lawyer*, 15(8), 1994, pp. 241-243, *apud* FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., pp. 152-153. En Gran Bretaña también es aceptada la práctica de otorgamiento del contrato por parte

algunos sistemas, v. g., España, la asamblea o *Junta general aprueba el pacto parasocial celebrado por los socios, en busca de evitar cuestionamientos a la pretensión de cumplimiento específico, que se pretende tornar incuestionable además, si el contenido de lo aprobado no es contrario a la ley o a los estatutos, ni susceptible de inscripción registral por no ser objeto de publicidad formal.*

Corresponde determinar, cuál es el alcance de la expresión de voluntad de la sociedad, cuando la hay, en cada caso más allá de la forma en que se documente; en el caso mediante suscripción, la que puede responder a una mera notificación a la sociedad de lo acordado.

La “suscripción” puede comportar diversos supuestos jurídicos, que pueden aplicar tanto al supuesto en que la sociedad comparece fuera de la resolución asamblearia, como al que viene de referirse.

Un asunto ajeno a esto es la aceptación por la sociedad de una estipulación para otro que la tiene como beneficiaria, en ese caso la sociedad no es parte, se limita a aceptar el beneficio.

Otro supuesto refiere a que está noticiada, con o sin el agregado que lo entiende plenamente ajustado a derecho y nada tiene que objetar.

Finalmente puede ocurrir que la sociedad consiente el convenio, y resulta alcanzada por dichas estipulaciones.

Como señala Paz-Ares, la oponibilidad de los pactos nada tiene que ver con el conocimiento, ni siquiera con el consentimiento de la sociedad.³¹³

La eficacia del negocio contrato se expresa, como consecuencia inherente al tipo, a través del surgimiento de una relación obligatoria, la que de principio alcanza a quienes han dado origen a la misma, a los pactantes.

De modo que los efectos propios del contrato no alcanzan a terceros. Los efectos del contrato solo radican en el patrimonio de los que lo consintieron, cada sujeto genera consecuencias jurídico-patrimoniales para sí. Así, el contrato es eficaz, o no lo es, genera o no genera efectos, pero no es eficaz respecto a alguien que no es parte inicial o subsiguiente (por sucesión a título universal o particular como en la cesión de

de la sociedad, que queda obligada en tanto tal, dentro de los límites de lo que en nuestro sistema denominaríamos poder normativo. Conforme con el *Company Law*, una sociedad no puede renunciar a ciertas facultades, v. g., modificar los estatutos (cfr. COURTNEY, T. B., *The Law of Private Companies*, 2ª ed., Butterworths, Ireland, 2002, p. 141; CADMAN, J., *Shareholders' Agreements*, 4º ed., Thomson-Sweet & Maxwell, London, 2004, p. 11, *apud* FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, *op. cit.*, pp. 152-153.

³¹³PAZ-ARES, C., “El Enforcement...”, *op. cit.*, p. 32, nota 47.

contrato). No es posible entonces distinguir la eficacia frente a las partes de la eficacia frente a terceros. La noción de eficacia dice relación solo con las partes. Los terceros no se ven involucrados en las relaciones que genera el contrato, esto no implica que no deban abstenerse de interferir en las relaciones que el contrato genera, el respeto a aquellas es debido, a fin de evitar un ingreso ilegítimo a esfera jurídica ajena, al igual que ocurre con el respeto debido a situaciones de derechos reales.³¹⁴

Respecto al conocimiento, la situación tiene incidencia en materia de tutela aquiliana del contrato o del crédito.

En relación con la oponibilidad o inoponibilidad, en tanto lo que se está analizando refiere a si la sociedad es parte en el contrato, también es un asunto ajeno. El caso supone que la sociedad ha prestado su consentimiento, es parte en el negocio, por lo que el concepto de inoponibilidad deviene impertinente en tanto supone la situación de un tercero.

Si la sociedad es beneficiaria del pacto que contiene obligaciones a favor de tercero en el caso aquella, no es parte en el pacto, por lo que hay un problema de atinencia en debatir el asunto en esta sede; la sociedad en ese caso se limita a aceptar el beneficio, en la estipulación para otro.

El segundo caso refiere a la situación de noticia a la sociedad o de indicación de que estando presente la misma nada tiene que objetar, o que no encuentra óbice a que sus socios celebren el pacto del que toma conocimiento. En este caso, la sociedad no pasa a ser parte, no ingresan tampoco las normas generadas por el pacto al ámbito social; la hipótesis tiene incidencia en la conformación de la tutela aquiliana del contrato. La sociedad sigue siendo un tercero, pero ese tercero, conoce la existencia del negocio, y no podrá realizar ningún comportamiento que comporte daño, si está enterada, varía la buena o mala fe en sentido subjetivo de la sociedad.

Como señala el profesor bonaerense Miguel de Lorenzo, del carácter limitado del crédito en cuanto al deber “relativo” de prestar, no puede deducirse simétricamente la ausencia de un deber general de respeto a la situación jurídica creditoria que implique negar tutela al interés del acreedor en virtud de la regla del

³¹⁴CAFARO, E. y CARNELLI, S., *Eficacia contractual*, op. cit., pp. 49-51, esto salvo que la ley verificado un supuesto de hecho obligue a un sujeto, en ese caso el origen de la obligación es legal y no contractual.

neminem laedere, pues el contrato como hecho social asume una relevancia jurídica innegable, que le concede una oponibilidad *erga omnes* frente a terceros. Así, la protección acordada al acreedor para la lesión no excluye la tutela general para las lesiones del segundo tipo. Al concebirse modernamente el fenómeno resarcitorio como un sistema basado en una cláusula general de responsabilidad, selectora de intereses tutelables y no como una forma de remisión a figuras típicas, se fractura el valladar ideológico del derecho subjetivo absoluto como límite de la noción de daño. Admitida una noción amplia de daño, el tema de la lesión al crédito ha pasado a ser un pseudoproblema. El asunto pasa a girar respecto a determinar en qué hipótesis un daño vinculado a la lesión a una posición contractual debe ser considerado injusto y por ende reparable. La doctrina, respecto a un contrato incompatible con otro precedente o al obrar por parte de un tercero necesario para el incumplimiento del contrato precedente, coincide en puntualizar que el tercero de buena fe –ignorante de la existencia del contrato– no puede incurrir en responsabilidad frente al acreedor que ve frustrado su crédito. A partir de esta premisa se genera el debate en torno a las acciones concretas que el tercero debía desarrollar para imponerse de que su comportamiento podía resultar incompatible con otro contrato antes celebrado. Para algunos bastaría la culpa, para otros la mala fe, el conocimiento de la existencia del negocio y para otros el dolo, en el ámbito aquiliano identificado con la intención de dañar.³¹⁵

Noticiada la sociedad habiendo esta asumido que el pacto existe, si desarrolla cualquier comportamiento que facilite el incumplimiento del mismo, estará de mala fe y podrá ser convocada su responsabilidad civil, dependiendo de la postura que se asuma en torno a si se requiere en el dolo, que haya intención de dañar o esto último no es necesario. De sostenerse esto último dependerá la conclusión de si se asume que la responsabilidad es contractual o extracontractual, si es contractual alcanzará con la intención de incumplir, si es extracontractual el dolo supone la intención de dañar.

El asunto respecto a si la responsabilidad siempre es extracontractual o puede ser contractual, se refiere a que la sociedad en ese caso no es un tercero que ha trascendido el mero deber de no dañar, como quien atropella a un peatón, sino que pasa a estar alcanzada por el comportamiento que emerge de la cláusula general de buena fe.

³¹⁵LORENZO, Federico M. DE, “La protección extracontractual del contrato”, en *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho de Daños*, t. II, A. Mariño López (dir.), Montevideo, La Ley 2018 pp. 1185-1212.

Algunos autores han sostenido que esto comporta la existencia de una obligación y lleva el asunto al ámbito de la responsabilidad contractual, esto dependerá en cada caso de lo que establezca cada sistema jurídico, e incluso del propio concepto que se tenga de obligación, en particular respecto al elemento patrimonialidad.³¹⁶

De esta forma, aun siendo un tercero, enterado de la existencia del contrato, la sociedad podrá facilitar el cumplimiento de las obligaciones que no sean contrarias a la ley o podrá incurrir en responsabilidad civil, ella o sus administradores.

En España se ha abordado el asunto desde la perspectiva del art. 29 de la LSC, que alude a que los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad, refiriéndose a estos como otorgantes del pacto. De allí no puede inferirse que la sociedad no pueda expresar su voluntad en el otorgamiento, pero esto ha ambientado que se insista en que no pueden procurarse vías “oblicuas” para que el pacto sea “oponible a la sociedad”.

Varios autores españoles admiten la participación de la sociedad,³¹⁷ incluso en la práctica forense se recomienda acudir a dicho expediente, ya que algunos tribunales han negado la trascendencia de lo actuado por los socios en la sociedad a despecho del pacto parasocial, aun en el caso de pacto omnilateral.

³¹⁶ Si la responsabilidad pasa a ser contractual, aunque la sociedad no sea parte del negocio o sigue siendo aquiliana, dependerá de la noción que se tenga del ámbito de la responsabilidad contractual, dependerá del Derecho positivo de cada país, siendo trasladables al caso los debates en torno a la responsabilidad precontractual, y en particular a si el mero hecho de que dos sujetos hayan tenido contacto social y que deban actuar de buena fe retira la responsabilidad del ámbito extracontractual; asunto discutido en Italia de larga data; no considerado en Francia, donde se entiende que la responsabilidad es extracontractual, salvo que se incumplan obligaciones que emergen de un contrato; discutido en Argentina y en Uruguay. Vid. LORENZETTI, R., *Tratado de los Contratos – Parte General*, Buenos Aires, Santa Fe, 2004, p. 315; GAMARRA, J., “Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad precontractual”, en *Rev. Crítica de Derecho Privado*, N° 2, C. Álvarez Ed., Montevideo, 2005, pp. 11-17.

³¹⁷ J. FELIU REY parece admitirlo, pues luego que señala que en la práctica la sociedad lo suscribe, indica los posibles límites. Dice el profesor de la Universidad Carlos III: “En relación con este último aspecto, lo que puede apreciarse en la práctica, dejando a un lado algunos supuestos concretos (pactos de sociedades cotizadas, pactos suscritos por pocos socios, etc.), es que la mayoría de los pactos parasociales son suscritos también por la sociedad. El problema surge cuando la suscripción del pacto pueda afectar a su propio interés [...]” (*op. cit.*, p. 152). También lo admiten, TAPIA HERMIDA, A., “Comentario del artículo 7”, en F. Sánchez Calero (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. I, Madrid, 1997, pp. 253-254; CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. I, I. Arroyo y J. M. Embid Irujo (dirs.), Madrid, 2001, p. 101.

También se ha admitido que la sociedad sea parte del acuerdo.³¹⁸ Partiendo del supuesto que no puede excluirse la participación de la sociedad, esto lleva al último segmento del análisis, desde dos perspectivas, la materialidad a nivel de consecuencias de la celebración del pacto parasocial por la sociedad y los límites de licitud en cuanto al objeto.

La trascendencia de la cuestión es enorme en los ordenamientos donde no es posible ingresar normas a la sociedad mediante la inscripción de los pactos parasociales, y aun en aquellos en que sí es posible, pues solo está previsto para un tipo de sociedad, la anónima, y para ciertos tipos de pactos parasociales. En el Derecho uruguayo y brasileño y en el español, solo para los protocolos familiares que reúnan los requisitos de publicidad previstos en los arts. 6 o 7 del RD 171/2007.

Si la sociedad es parte en el pacto parasocial, en tanto no puede hacer justicia por propia mano, no podrá evitar que los otros otorgantes incumplan el convenio, tratándose de una situación de obligación, los remedios son los previstos para el incumplimiento en materia contractual, tanto ante el incumplimiento de la sociedad como de los otros otorgantes. Lo exigible a la sociedad en ese caso en la persona de los administradores, es todo aquello que debe hacer un acreedor para facilitar el cumplimiento por parte del deudor, y todo lo necesario para documentar el incumplimiento.

Los que deberán ejecutar las conductas serán los administradores, actuando en nombre y representación de la sociedad, asunto ajeno al que se trató en el numeral anterior, oportunidad en que los administradores se obligaban actuando por sí. Al ser la sociedad otorgante del pacto deben actuar conforme lo que surge del mismo, pues una regla de derecho determina con precisión cuál es el interés social, respecto a su responsabilidad deberán deslindarla si entienden que de lo resuelto se comporta perjuicio a la sociedad, brindando información suficiente clara y veraz a los asambleístas sobre todos los aspectos relevantes.³¹⁹

Cabe analizar un argumento de texto esgrimido por la dogmática española, lo edictado en el art. 29 de la LSC, que afirma: “Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”, que como se analizó en el Capítulo primero, tuvo su precedente en el art. 6 de la LSA de 1951, precepto que

³¹⁸GARRIDO DE PALMA, V. M., “Autonomía de voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. II – *Sociedades mercantiles*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 1871.

³¹⁹ En sentido contrario, MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., pp. 171-173.

establecía la nulidad de todo pacto reservado. La redacción actual implica asignar significado al significante pactos reservados. En ausencia de una definición estipulativa, podría entenderse que se trata de pactos parasociales, lo que duplica el asunto pues corresponde definir nuevamente el concepto y, por otro lado, justificar el aserto. El asunto tiene otro encare para el análisis, si el término “reservado” aplica en la oración como sustantivo o como adjetivo. La doctrina española lo ha asumido como sustantivo, apegada a la posible *intentio auctoris*, e identificado al pacto reservado con todas las normas jurídicas que creaban los socios mediante la celebración de negocios plurilaterales o bilaterales en cuanto al número de partes, que no surgía de los enunciados de los estatutos; con esa definición de “pacto reservado” clausuraba cierta doctrina la cuestión. Sin embargo, el art. 29 comporta una mera expresión del principio de relatividad de los contratos, consagrado en todos los ordenamientos objeto de este estudio, no solo el en el español, referido usualmente en el clásico brocardo “*res inter alios acta tertiis non nocet*”. La norma que es posible inferir del artículo analizado es entonces, los pactos en que la sociedad no es parte no la obligan; respecto a los pactos denominados omnilaterales, es decir, aquellos celebrados por todos los socios pero en los que no ha comparecido la sociedad, los analizamos en el número siguiente. En cambio, esa inoponibilidad frente a la sociedad pierde su razón de ser cuando el pacto haya sido otorgado por la sociedad, pues la sociedad no es un tercero.

A despecho de, en caso contrario, apartarse del eje axial de la cuestión, esto es, que nos encontramos en el ámbito de la autonomía privada y que la sociedad no es más que como un mecanismo para repartir bienes entre seres humanos, debe partirse de la posibilidad de que la sociedad puede ser parte del convenio. Esto es, los socios, a través de la estructura normativa que comporta para distribuir la riqueza entre ellos, podrán generar que el centro de imputación de normas que a esos efectos el sistema jurídico ha posibilitado, pauten dentro de los límites del orden público ciertas reglas, destinadas a regular en definitiva y más allá de la superestructura, cómo se genera y reparte riqueza. Esas reglas se generan por la participación en un contrato, que ellos mismos y el centro de imputación de normas que el sistema jurídico para satisfacer sus intereses les ha facilitado pueden celebrar.

Para que no sea posible esto, debe existir una norma que retire poder normativo negocial a ese centro de imputación de normas, a la la sociedad, para celebrar el negocio. Si en el sistema jurídico de que se trate existe una norma de este tipo, la celebración por parte de la sociedad no será posible.

Así, deslindado el asunto en materia de normas de competencia, normas que posibilitan crear reglas de derecho, partiendo de la posibilidad jurídica de la sociedad de otorgar el negocio salvo norma en contrario, corresponde ingresar al ámbito de las normas primarias. Son normas primarias, aquellas que sirven de soporte a las situaciones jurídicas por las que el sujeto, en caso de verificarse un supuesto de hecho, recibe una respuesta coactiva desfavorable, ámbito diverso del de las normas de competencia.

Respecto al contenido de lo que puede normarse en el pacto parasocial en el que comparece la sociedad, esta puede obligarse dentro de las posibilidades de las normas a las que accede el pacto parasocial, del contrato social.

Los socios pueden, a través del ejercicio de sus derechos de voto, determinar el rumbo social. Pueden ordenar *ex ante* las alternativas en las que la sociedad, herramienta jurídica de la que son titulares, transitará diversas instancias, dentro de las posibilidades que le ofrece la ley o los estatutos con respecto a cuestiones relativas a su funcionamiento y organización.

Podrán consecuentemente preordenar ciertos aspectos, en ejercicio del mismo poder normativo que les ha sido conferido para participar en las decisiones sociales.

La tesis contraria parece partir de la situación de vulnerabilidad jurídica de los socios, la cual no nos parece de recibo, respecto a los que se pretende que definan caso a caso y no se obliguen con ánimo de permanencia, para ello se indica que cuando actúan en la estructura normativa sociedad, esta “ha de tener siempre ‘abierta’ la posibilidad”.

Se trata de ordenar las relaciones entre los socios, en ejercicio de la autonomía privada tal como fuera concebida por los clásicos, en uno de los lugares en los que contemporáneamente por excepción aun impera esa potestad de generar derecho, dentro de los límites de la ley y el estatuto, con el límite de la buena fe en sentido objetivo.

Respecto de los socios que no han sido parte del pacto, ante la decisión de la sociedad de suscribirlo, son titulares de los derechos sociales para impugnar la decisión y de la convocatoria a responsabilidad de los administradores.

Los socios que pretendan incorporarse tendrán información sobre la existencia de las obligaciones de las que es titular la sociedad.

Acerca de los terceros, si algún perjuicio recibieron, tendrán la acción de responsabilidad individual si algún daño ilícito hubieran padecido, como consecuencia de la falta de información respecto a la existencia del pacto.³²⁰

h) Los pactos omnilaterales

Los pactos suscritos por todos los socios han generado diversas opiniones en la dogmática en los países donde no se cuenta con el mecanismo de la inserción del pacto entre los enunciados normativos aplicables a la sociedad o aun en aquellos, como Brasil o Uruguay, donde se decide por los otorgantes no cumplir con los ritualismos, o para los tipos sociales donde no se prevé la posibilidad de inscripción.

En Alemania, Suiza, Portugal y España parte de la doctrina ha ido asumiendo la incidencia normativa del pacto en la vinculación a lo interno de la sociedad; Sin embargo, en este último país la mayoría y el TS siguen sosteniendo la ineficacia de los pactos parasociales omnilaterales en sede societaria.

El debate en España se ha centrado en si el incumplimiento de un pacto social omnilateral permite impugnar un eventual acuerdo social a despecho de lo edictado en aquel.

Hemos señalado lo opinable de la participación de la sociedad y tomado posición al respecto, en los distintos supuestos, de no secundarse lo sostenido en el numeral anterior, o si se ha decidido por el motivo que fuere que la sociedad no ingrese en el pacto, es relevante en esta sede analizar cuál es la implicación para la sociedad de un pacto omnilateral. Esto tanto en los países que no tienen mecanismos previstos para que tenga incidencia en la sociedad como para aquellos en que teniéndolos previstos, para algunos tipos sociales, en el caso no se han cumplido los requisitos para tornarse

³²⁰ Opina lo contrario, FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., pp. 152-153.

aplicable a la sociedad o se trata de un tipo social diverso, v. g., sociedad de responsabilidad limitada.

La doctrina española ha debatido el tema extensamente, percibiendo hasta intuitivamente, al decir de algún autor, la inconsistencia de invocar que hay un negocio ajeno a la sociedad, cuando los otorgantes son los mismos, pues se dice que cuando la coincidencia subjetiva es total, no puede afirmarse que exista ni independencia ni separación de la estructura normativa de la sociedad con el pacto parasocial.³²¹ Cuando todos los socios son parte del pacto, la supuesta independencia, se dice, parece una ficción, inadmisibles, porque si todos crean reglas, algunos de esos mismos no pueden luego parapetarse en dichas reglas de organización queridas bajo la cobertura de la regla general de una supuesta inoponibilidad.³²²

Así, Fernández del Pozo ha afirmado que el pacto parasocial omnilateral es una regla de derecho entre los otorgantes que debe equipararse a la norma estatutaria; entonces si todos los socios son los otorgantes, procede aplicar la regla del levantamiento del velo, pues en ese caso la sociedad, fenómeno creado por todos los socios, los mismos que otorgaron el pacto, no puede entenderse un tercero.

En otros términos si son los mismos sujetos actuantes que crean derecho mediante su actuación, resulta irrelevante entre ellos la forma de otorgamiento o la ausencia de publicidad.

En esta forma de razonar, la sociedad, estructura normativa creada para satisfacer los intereses de los otorgantes, debe actuar en conformidad con lo pactado entre todos los socios, que a su vez son otorgantes del pacto.

Para el mencionado doctrinario y otros autores, que comparten esta idea, las resoluciones que se adopten contra de lo convenido en el pacto parasocial conforme lo edictado en el art. 204 de la LCS española comportan una infracción a regla de derecho igual a la que se puede verificar respecto a los estatutos o de reglamentos.

Entre las partes, si así lo han decidido en ejercicio de la autonomía privada, prevalece el régimen parasocial de transmisibilidad frente al estatutario.³²³

Otros autores han sostenido que repugna a la buena fe o constituye un supuesto de abuso de derecho, apartarse de lo debido conforme al pacto parasocial de

³²¹ALONSO LEDESMA, C., voz “Pactos Parasociales”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, pp. 853-863.

³²²VAQUERIZO, A., “Comentario al art. 29 LSC”, *op. cit.*, p. 402.

³²³“El ‘enforcement’ societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en el protocolo familiar”, en *Rev. de Derecho de Sociedades*, año 2007-2, Nº 29, p. 175.

todos los socios, con carácter general al tratar de las causas de impugnación de los acuerdos sociales. Entre los acuerdos nulos se encuentran aquellos que infringen cláusulas generales del ordenamiento, como lo adoptados con mala fe o con abuso del derecho, lo que constituye una infracción a una regla de derecho, la que es posible inferir de los enunciados normativos de los arts. 7.1 y 7.2 del CC español, respectivamente.³²⁴

La utilización del concepto buena fe da cuenta de una técnica legislativa, que consiste en apelar a conceptos con una vaguedad socialmente típica. Se recurre por el legislador a lo que se ha conceptualizado como Conceptos Jurídicos Indeterminados, categoría que puede diferenciarse, no sin dificultad, de otra próxima, la de las denominadas “Cláusulas Generales”. Señala la profesora brasileña Martins Costa que: “Lo que las caracteriza en cuanto técnica es fundamentalmente, o el empleo de expresiones o términos vagos en el delineamiento de la ‘fatti specie’ o que confieren un mandato –cuyo significado puede ser semánticamente impreciso– al juez, para, que a partir de ellas, sean concretizadas las consecuencias normativas [...]”.³²⁵

Resulta característica de ambas especies, la vaguedad semántica y la deseada indeterminación de lo que comportan; esa vaguedad es socialmente típica, refiere a lo debido en un lugar o momento. Al analizar si el sujeto se comportó de conformidad con el parámetro abstracto de conducta exigible y con los comportamientos adecuados a la buena fe en sentido objetivo, a la luz del art. 7.1 del Código Civil español, el juez debe completar la norma y en la medida que esa obra del juez, consistente en completar las condiciones, pudiere implicar una precisión de la norma jurídica y necesariamente lo implicará, pues la misma no contiene la sanción, el juez debe procurarla en otras normas del sistema o puntualizarla, atendiendo a principios jurídicos aún in-expresos. Esto no implica una valoración de corte moral, sino jurídica, se trata de una regla de derecho.³²⁶

³²⁴PÉREZ MORIONES, A., “Los sindicatos de voto...”, *op. cit.*, p. 483.

³²⁵MARTINS COSTA, J., *A boa-fé no Direito Privado*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 306: “O que as caracteriza enquanto técnica é, fundamentalmente, ou o emprego de expressões ou termos vagos no delineamento da ‘fatti specie’ ou a conferência de um mandato –cujo significado pode ser semânticamente impreciso– ao juiz para, a partir dele, sejam concretizadas as consequências normativas visadas”.

³²⁶ALMEIDA COSTA, M. J., “La buena en los contratos según el Derecho portugués”; STIGLITZ, R. S., “El principio de buena fe”; FRANZONI, M., “La buena fe y la equidad entre las fuentes de integración del

Siendo todos los socios a su vez todas las partes del pacto parasocial, a la luz de la buena fe objetiva la regla de “oponibilidad queda vacía de contenido y votar contra lo resuelto es atacable por violación de regla de derecho, “el ordenamiento no puede amparar a quien se escuda en su propio incumplimiento”.³²⁷

El TS español ha desconocido la trascendencia de dichos pactos parasociales a lo interno de la sociedad, en tanto no admite la impugnación de los acuerdos sociales por incumplimiento de lo establecido en un pacto suscrito por todos los socios, argumentando que estos solo pueden ser impugnados por las causas previstas en la ley, conforme con lo dispuesto en el art. 204.1 de la LSC española, contravención a la ley, a los estatutos sociales, al reglamento interno dictado por la junta general, y por lesión del interés social, y ha subsumido al pacto parasocial en algo asimilable a una asamblea o junta general de todos los socios, apelando a institutos como el abuso de derecho o la buena fe recíproca entre los accionistas; básicamente indicando, en sentencias del 26 de febrero de 1991 (RJ 1991/1600), que el acuerdo adoptado en una junta general posterior, que contravenga lo dispuesto en una unánime anterior, puede ser impugnable. En otro caso antiguo, por sentencia del 10 de febrero de 1992 (RJ 1992/1204), apeló al apartamiento del interés social, ante la mala fe y abuso del derecho de los que habían incumplido lo pactado, posición que reiteró en sentencia del 18 de marzo de 2002 (RJ 2002). En definitiva, este argumento ubica la cuestión fuera de los pactos parasociales, pues alude a la adopción de un acuerdo –resolución– de una asamblea de socios –junta general–. Diversa conclusión merece el supuesto en que se acepta la impugnación del acuerdo sobre la base de que el pacto parasocial omnilateral constituye una regla de derecho a la que deben someterse los accionistas y, consecuentemente, el apartamiento de este implica un obrar contrario a la buena fe y/o un supuesto de abuso del derecho contrario al interés social y solo beneficioso para los incumplidores.

En los años 2008 y 2009, el Tribunal Supremo español dictó una serie de sentencias, que podrían comportar variantes en aquellos fallos de fines del siglo pasado, tal como releva la profesora de la Universidad del País Vasco Aránzazu Pérez Moriones. Nos referimos a la sentencia de 10 de diciembre de 2008 –asunto “Turística

contrato”. Estos tres trabajos se encuentran publicados en: *Derecho Privado. Alberto J. Bueres libro homenaje*, ÁMEAL, O.R.J. (dir.), GESUALDI, D.M (coord.), Hammurabi, Buenos Aires setiembre 2001, pp. 495 a 504, 505 a 516, 517 a 531, respectivamente.

³²⁷ Sobre este asunto se vuelve al analizar las alternativas ante el incumplimiento de los pactos parasociales. Cfr. PAZ-ARES, C., “El Enforcement...”, *op. cit.*, p. 38.

Konrad Hidalgo, S.L.”–, a la sentencia de 5 de marzo de 2009 –asunto “Kurt Konrad y Cía., S.A.”–, y a dos sentencias, de fecha 6 de marzo de 2009 –asunto “Camanchaca, S.L.” y asunto “Turística Konrad Hidalgo, S.L.”–; con base en dos grandes líneas argumentales: por un lado, la relativa a los cauces previstos legalmente para la impugnación de acuerdos sociales y, por otro lado, la corrección que realiza de la interpretación sostenida por el recurrente en relación con dos fallos, uno de ellos el de 10 de febrero de 1992 –asunto “Munaka”–. En la sentencia de 10 de diciembre de 2008, el TS luego de aludir a las causales previstas en la ley para la impugnación de acuerdos sociales por violación legal, de estatutos o reglamentos o vulneración del interés social, releva que el recurrente no las ha alegado; argumentos que reitera en sentencias del 5 y 6 de marzo de 2009. De esta forma puntualiza que el incumplimiento de un pacto parasocial no es suficiente a efectos de impugnar un acuerdo social, pero sí puede serlo si como consecuencia de ello se ha verificado la infracción de una norma legal, una vulneración de los estatutos sociales o una lesión de los intereses sociales, siempre, desde luego, que concurren el resto de circunstancias exigidas para el éxito de tal impugnación. El argumento, a juicio de la autora en cita, presenta como ventajas la claridad y la seguridad, pues es su opinión que evita el “intuicionismo” y referencias genéricas a abuso de derecho o apartamiento de los comportamientos impuesto por la buena fe.³²⁸

Este orden de argumentos, vinculados al apartamiento del obrar de buena fe o al abuso de derecho, también han sido ventilados en los tribunales españoles como razón para impugnar el obrar de los accionistas que a despecho del contenido de la prestación a su cargo, conforme al pacto parasocial, votaban incumpliendo lo que surgía del mismo en la junta –asamblea–.

La Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de fecha 16 de noviembre de 2012 –asunto “Prevención Outsourcing, S.L.”–, se pronunció pero ante distinta plataforma fáctica. Así, el promotor no invocó el incumplimiento de un pacto parasocial, sino la impugnación de lo resuelto conforme con el pacto parasocial omnilateral, alegando el incumplimiento de los estatutos sociales; señalándose que actúa

³²⁸PÉREZ MORIONES, A., “La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios”, *Rev. de la Univ. de Deusto*, vol. 61, N° 2, 2013, pp. 261-296, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4555973>, consultado el 20 de octubre de 2020.

de mala fe quien, habiéndose comprometido en un pacto parasocial en un determinado sentido, respeta dicho pacto en dos juntas generales, pero procede posteriormente a impugnarlas alegando el incumplimiento de una norma estatutaria. Criterio que también sostuvo en TS español en sentencia del 25 de febrero de 2016 (RJ 2016/635).

En sentencia 120/2020 del 20 de febrero de 2020, el TS efectúa un relevamiento de su postura e indica: “... *la jurisprudencia de esta Sala ha venido sosteniendo que la mera infracción del convenio parasocial de que se trate no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado (sentencia 138/2009, de 6 de marzo, y las allí citadas). Por ello cuando se ha pretendido impugnar un acuerdo social adoptado por la junta de socios o por el consejo de administración, por la exclusiva razón de que es contrario a lo establecido en un pacto parasocial, esta Sala ha desestimado la impugnación. Para estimar la impugnación se requeriría que concurrentemente la infracción del pacto parasocial fuese acompañada simultáneamente de una vulneración de la ley o de los estatutos, o bien de una lesión, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, de los intereses de la sociedad.* Así se declaró en la sentencia 138/2009, de 6 de marzo: “*Sin embargo, no se trata de determinar si el litigioso convenio, al que llegaron los socios fuera de los cauces establecidos en la legislación societaria y en los estatutos, fue válido ni cuáles serían las consecuencias que de su alegado incumplimiento se pudieran derivar para quienes lo hubieran incumplido. Lo que el recurso plantea es la necesidad de decidir si el acuerdo adoptado en el seno del órgano social puede ser declarado nulo o anulado por contravenir, si es que lo hace, lo pactado por los socios en aquella ocasión*”. “*Y la respuesta debe ser negativa a la vista de los términos en que está redactado el artículo 115.1 del referido Real Decreto 1.564/1.989 –aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2/1.995–, ya que condiciona el éxito de la impugnación a que los acuerdos sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad*”. “*Consecuentemente, la mera infracción del convenio parasocial de que se trata no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado –sentencias de 10 de diciembre de 2.008 (RJ 2009, 17) y 2 de marzo de 2.009*”. En el mismo sentido se pronunciaron las sentencias 1136/2008, de 10 de diciembre; 128/2009, de 6 de marzo, y 131/2009, de 5 de marzo. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la intervención, cuando proceda, de las limitaciones que a la validez y eficacia de los referidos acuerdos sociales suponen las exigencias derivadas de

la buena fe y del abuso del derecho. Por ello, algunas sentencias anteriores tuvieron en cuenta las particularidades que presentaba el caso enjuiciado para aplicar alguna de las cláusulas generales que sirven para evitar que la mera aplicación de ciertas reglas concretas del ordenamiento pueda llevar a un resultado que repugne al más elemental sentido jurídico. Ahora bien, estos mecanismos (la buena fe, en sus distintas manifestaciones –actos propios, levantamiento del velo–, el abuso del derecho) no pueden utilizarse de una forma injustificada, sino que ha de atenderse a la función que desempeñan en el ordenamiento jurídico. Así ocurrió en el caso resuelto por la sentencia 103/2016, de 25 de febrero, que no consistía en la impugnación de un acuerdo social por ser contrario a un pacto parasocial, sino precisamente en el supuesto inverso: con la adopción de los acuerdos sociales impugnados se daba cumplimiento a un acuerdo parasocial, omnilateral, consistente en que el titular de ciertas acciones y participaciones sociales en sendas sociedades, al transmitir las a sus hijos se reservaba no solo el usufructo vitalicio sobre las mismas, sino también el derecho de voto derivado de dichas acciones y participaciones sociales, y en el cómputo de votos para la aprobación de los acuerdos se tuvo en cuenta el voto emitido por dicho usufructuario. La impugnación se basaba en que dichos pactos parasociales no se recogieron en los estatutos sociales, estatutos que seguían previendo que en caso de usufructo de participaciones la cualidad de socio (y por tanto el derecho de voto) reside en el nudo propietario (en el caso de la sociedad anónima los estatutos no contenían previsión alguna, por lo que resultaba aplicable el régimen del actual art. 127.1 TRLSC).

Ante la contradicción entre la regulación propia del pacto parasocial y la del régimen estatutario, esta Sala tomó en consideración las circunstancias concurrentes y concluyó que la impugnación de los acuerdos sociales resultaba contraria a las exigencias de la buena fe e incurría en abuso de derecho, entendiendo que quienes, junto con el demandante, fueron parte este pacto parasocial omnilateral y constituyen el único sustrato personal de las sociedades, podían confiar legítimamente en que la conducta del demandante se ajustara a la reglamentación establecida en el pacto parasocial. Fuera de tales casos (infracciones a las exigencias de la buena fe, abuso del derecho), la eficacia del pacto parasocial, perfectamente lícito, no puede defenderse atacando la validez de los acuerdos sociales que resulten contradictorios con los mismos, sino que debe

articularse tal defensa a través de una reclamación entre los contratantes basada en la vinculación negocial existente entre los firmantes del pacto, pues este no tiene efectos frente a la sociedad ni, por tanto, en un litigio de naturaleza societaria como es el de impugnación de acuerdos sociales.

Surge de lo que viene de señalarse que el TS español ha fundamentado la impugnación del acuerdo social no en la infracción de un pacto parasocial omnilateral sino en las causas clásicas y reiteradas en los ordenamientos señalados de infracción a regla de derecho -ley o estatuto- o vulneración al interés social.

En su investigación sobre el tema, Martínez Rosado señalaba que todos los intereses en juego quedan razonablemente a salvo con la jurisprudencia actual del TS que –esto no ha variado a la fecha– no reconoce otras causas de impugnabilidad que las previstas en la ley. Desestima el autor español que el pacto parasocial omnilateral pase a incorporarse a las normas societarias y señala que quien lo suscribió no podrá impugnar una resolución de la asamblea –acuerdo de la junta– basándose en infracción estatutaria, porque dicha impugnación no estará basada en la buena fe; presupuesto necesario para el ejercicio del derecho, como ha reiterado recientemente en el TS (v. *g.*, sentencia de 25 de febrero de 2016 (RJ 2016/635). Hay que tener presente –y así lo destaca el autor– que con esa base, si hubo una alteración sustancial de la circunstancias que dieron lugar al pacto parasocial, que pudiera justificar la revisión, el argumento basado en la buena fe deja de ser de recibo y entonces en su visión podría prohibirse la pretensión de impugnación del otorgante del pacto. Entonces, en esa línea de razonamiento, en caso de infracción del pacto parasocial omnilateral, por ejercicio del derecho de voto en la junta en sentido contrario al previsto por el pacto, la impugnación deberá fundamentarse en cualquiera de las causas que prevé la ley, normalmente porque el acuerdo social adoptado es contrario al interés social, pero no por haberse violentado el pacto parasocial, que a su juicio no forma parte del ordenamiento societario. Pero relativiza la conclusión señalando que no siempre tiene por qué coincidir el interés social con lo que surge del pacto parasocial, pues el interés social varía con el tiempo, y no tiene por qué estar constituido por la exclusiva voluntad de los socios, sino que lo que tal vez un día fue “interés social”, bien pudiera no serlo hoy, y eso aún y cuando se aceptase el planteamiento de la tesis contractualista. Expresa de seguido que es discutible que un pacto omnilateral refleje la voluntad institucional del ente societario; en cambio, incontestable es que la asamblea –junta general– sí la representa, por lo que sí decide cualquier cosa contraria al pacto parasocial, porque lo que un día quiso la sociedad, ha

dejado de resultarle interesante, lo que era el interés social ahora no lo es. Si una asamblea posterior puede dejar sin efecto lo que dispuso una asamblea anterior, eso da cuenta de esa posible variación. Desecha el fundamento de la identidad subjetiva “por muy razonables que sean” y señala –a mi juicio con acierto en esta última afirmación– que el pacto parasocial no puede asimilarse a un acuerdo adoptado en la junta universal –asamblea unánime–. Se pregunta Martínez Rosado si estaría obligado entonces el presidente de la junta general a no admitir el derecho de voto en contra; concluyendo que en ausencia de una norma que establezca lo contrario, es indiferente que la sociedad tenga conocimiento o no del mismo, en ausencia en el derecho español de norma que comporte que comunicado el pacto a la sociedad, este ingrese a las normas jurídicas aplicables. Tampoco al nuevo socio o adquirente de acciones si este lo ha conocido. Así apunta que aunque el presidente de la junta –asamblea– tenga conocimiento del pacto parasocial, deberá dar por válido el voto emitido en contravención de dicho pacto. Concluye que, de admitirse lo contrario, esto comportaría la inseguridad jurídica, pues todo el régimen de adopción de acuerdos, de su impugnación y de su publicidad está dotado de una serie de garantías tendentes a proteger tanto el interés de los socios como, sobre todo, de los terceros, por lo que no debe agregarse un nuevo motivo de impugnación si es posible encontrar apoyo en uno tipificado legalmente; debe intentarse, por ello, a su juicio, encuadrar tales hipótesis en las causas previstas en el art. 204 de la LSC española. Rechaza el argumento de la supuesta economía procesal, que comportaría impugnar la resolución asamblearia por esa vía y remite al agraviado a acudir a la ejecución específica del pacto y, con posterioridad, a la acción de remoción, pues para la impugnación de los acuerdos sociales –igual que sucede en otros campos del Derecho–, el legislador ha optado por limitar su acceso a determinados supuestos tasados, pues la teoría de la persona jurídica se basa en la ficción de que la sociedad creada es un ente distinto al de los socios. Es sabido, abunda Martínez Rosado, que al pacto parasocial le es connatural una mayor fragilidad, nota definitoria de la institución que no cuenta con la publicidad registral y rigidez en las reglas de modificación de estatutos, en suma, de la rigidez y el formalismo del Derecho societario, y que ha provocado que en los entornos de Derecho continental tradicionalmente se haya mirado con recelo a los pactos parasociales, que pueden cumplir fines más que laudatorios,

permitiendo a la sociedades, por ejemplo, adaptarse a su peculiar idiosincrasia o a sus circunstancias particulares (familiares, profesionales, etc.), lo que no hace que, aun otorgados por todos los socios, puedan equipararse a los estatutos.³²⁹

La profesora madrileña Ma. Isabel Sáez Lacave equipara los pactos parasociales omnilaterales al contrato social. Expresa la autora: “La tesis que se defiende es que los pactos parasociales de todos los socios componen –junto con los estatutos– el contenido contractual de la sociedad. De hecho, en gran medida, los pactos parasociales contienen las reglas de gobierno corporativo de estas sociedades, que vienen a regular las relaciones entre los socios pactadas por unanimidad. Desde esta perspectiva, la absoluta separación dogmática entre el derecho de sociedades y el derecho de obligaciones debe ser revisada”. Así, asumiendo que estos regulan los deberes fiduciarios entre los socios, constituyen verdaderos actos de determinación de estos, los precisan, los concretan *ex ante*; asocia así esta precisión con la determinación del interés social, interés común de todos los socios, que se ve violentado ante el incumplimiento del pacto, que más contrario al interés social que la violación del deber de lealtad por parte de algún socio respecto a la determinación de las conductas exigibles a estos, según lo determinado por todos ellos.³³⁰

Los pactos sociales de todos los socios no constituyen parte de la normativa societaria, salvo que se opte por que la sociedad los consienta, tal como analizamos en el numeral anterior.

En otros términos, que los socios decidan que así ocurra, sirviéndose de dicho mecanismo, en ese caso habrá que analizar si esto es posible, según el contenido de lo pactado y la posibilidad jurídica de la sociedad de hacerlo; cabe remitirse a lo analizado en el numeral anterior y a lo que se analiza en materia de objeto.

Sin embargo, los pactos parasociales de todos los socios constituyen un supuesto donde es posible precisar sin ingresar en interminables debates, el “interés social”.

En efecto, sostener cuando estamos en presencia de un pacto de todos los socios, que el interés social evoluciona con la propia sociedad es un concepto que padece de una falacia de atinencia.

³²⁹MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., pp. 189-195.

³³⁰SÁEZ LACAVE, Ma. I., “Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en mano de los jueces”, en *InDret*, 3/2009, disponible en www.indret.com

Este debate solo es atinente cuando los socios no fijaron, conforme a una regla de derecho, cuál era el interés social en ese caso, y por tanto, nos encontramos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, lo que comporta la tarea de precisarlo.³³¹

Los conceptos jurídicos indeterminados a su vez pueden clasificarse en aquellos que aluden a realidades fácticas y aquellos que importan valores.

En los primeros, su diferencia con las Cláusulas Generales resulta más clara. En el concepto jurídico indeterminado que alude a situaciones fácticas, el enunciado puede tornarse preciso recurriendo a las reglas de la experiencia. Así, por ejemplo, encontramos entre estos el concepto de cómoda división o de reparaciones necesarias, incluso puede el juez, para dilucidar el caso concreto, recurrir a expertos.³³²

Pero también es cierto que algunas normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados aluden a valores, en este caso la distinción se torna más dificultosa.

La diferencia surgiría si la disquisición se sitúa en el plano funcional. En el caso de la cláusula general, el juez concurre activamente en la formulación de la norma; en los conceptos jurídicos indeterminados, en cambio, el juez se limita a determinar la descripción de los hechos en examen, con vistas a la aplicación del Derecho.

Los conceptos formados por términos indeterminados integran siempre la descripción del supuesto de hecho, en pos de la aplicación del Derecho; más allá de que permitan por su vaguedad semántica una abertura a valoraciones extrasistémicas, valoraciones sociales. En este caso, el aplicador del Derecho deberá averiguar cuáles son las connotaciones adecuadas y las concepciones éticas vigentes; de este modo determinará en concreto los hechos y fijará la premisa, luego de determinada la

³³¹ Indica SABOGAL BERNAL, L. F., “El deber de lealtad y los conflictos de intereses de los administradores de sociedades”, *Tesis*, Universidad Complutense de Madrid: “En España la interpretación más adecuada del interés social desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinal es la ‘monista moderada’, y en ese orden el interés social debe ser entendido como: el interés común de los socios, determinado por la expresión mayoritaria de su voluntad, cuando se ajuste a las necesidades de la sociedad y no cause daño a otros intereses protegidos. Por lo anterior, los administradores en la toma de sus decisiones sociales, para que éstas se ajusten al interés social, deben (de forma general): crear valor para los socios y evitar que con la persecución de ese objetivo se transgreda de forma injustificada los intereses de los demás ‘stakeholders’, en particular los intereses de los socios minoritarios” (p. 398).

³³² MENGONI, L., “Spunti per una teoria delle clausole generali”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno IV, N° 1, 1986, p. 7; MARTINS COSTA, J., *A boa-fé no Direito Privado*, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1999 p. 306.

coincidencia o no coincidencia de lo acaecido en la realidad y el modelo normativo, aplicará el Derecho, con las consecuencias determinadas en la norma que aplica.

El concepto de interés social está dotado de vaguedad semántica. En el sistema jurídico si una resolución se aparta del interés social, esto comporta como consecuencia la posibilidad de impugnación de la resolución asamblearia –acuerdo de la junta–. Esa valoración determinará su premisa, luego de verificada que fuere la diferencia entre cómo debía actuarse conforme al interés social y cómo en definitiva se obró, amparará o no la demanda.

Cuando todos los socios regulan cierto aspecto, esta vaguedad es excluida. En ese caso, dogmáticamente, solo hay dos alternativas posibles, o se sostiene que los socios pueden determinar, en ejercicio de la autonomía privada, cuál es el interés social o se sostiene que esto no es posible, en tanto el interés social, por ejemplo, por asumirse esencialmente variable, es un asunto que no puede ser regulado por los socios. Si se entiende que no es posible determinarlo en ejercicio de la autonomía privada, debe admitirse respecto al mismo la regla *pacta sunt servanda*.

Desde otra postura, no podría en ningún caso dictarse un negocio de *acertamento* del interés social, no podría por ejemplo indicarse en un pacto parasocial que lo regulado en él constituye la determinación del interés social y que no se variará por ninguna vía hasta que los otorgantes no lo decidan con iguales ritualismos; ese pacto sería, a la luz de cierta doctrina española, ilícito.

Si se entiende que puede ser materia de un pacto parasocial determinar el interés social, no deberá el juzgador ingresar a analizar, tal como si los socios nada hubiesen acordado, cuál es el interés social, asumiéndolo como concepto jurídico indeterminado, ingresando a determinar cuál era ese interés, paso previo a precisar si una decisión asamblearia –de la junta– se apartó del mismo. En efecto, si los socios ya determinaron, en ejercicio de la autonomía privada, mediante un pacto parasocial de todos ellos, cómo debía procederse en ciertos segmentos de la actividad, la labor del juez se circunscribirá a precisar, considerando ese antecedente, si lo que se obró fue contrario a lo ya determinado por los socios como interés social.

El interés social dejará consecuentemente de ser variable, pues no es esencialmente variable; las cuestiones en el Derecho no son de esencia, sino que provienen de normas primarias o de competencia.

Cuando se afirma que el interés social está llamado a variar, en puridad se está señalando que es un concepto jurídico indeterminado y que como tal hay que procurarlo en un lugar y momento determinado, precisarlo.

Lo que debemos preguntarnos es si los socios pueden determinarlo, si pueden fijarlo. Esto arroja dos conclusiones posibles: a) o que los socios no tienen poder normativo negocial para precisar el contenido del interés social sobre un asunto, en cuyo caso el pacto parasocial de todos los socios es inexistente, pues no hay una norma de competencia que los autorice a crear dicha regulación; o b) se entiende que sí pueden celebrarlo. En caso de concluirse esto último: b.1) los pactantes pueden fijar el contenido del interés social, entonces, este quedará acotado a lo que pactaron y si en la junta se resuelve algo distinto al interés social ya fijado por el pacto parasocial, la resolución será una impugnabile; b.2) pueden celebrarlo, tienen la posibilidad jurídica, pero es nulo, por ser contrario al orden público. En ese caso, el negocio no genera los efectos previstos, pues no lo secunda el ordenamiento, será nulo, entonces ninguna norma primaria ingresará al sistema y ninguna obligación se generará.³³³

Asumido el pacto social de todos los socios como una forma de determinación para un cierto segmento de realidad de un concepto jurídico indeterminado, lo que nos resulta perfectamente admisible, entendido como la precisión del concepto jurídico indeterminado interés social, en los aspectos regulados no se conmueve el concepto de conexidad respecto al contrato social, en cuanto este fijará los límites del posible contenido del pacto parasocial. De esta forma puede dilucidarse el asunto.

4.2) Consentimiento

Los pactos parasociales no presentan peculiaridades de significación en materia de consentimiento. No se requiere manifestación de voluntad alguna de la

³³³ Descartamos un supuesto de nulidad relativa que implicaría que podría ingresar una norma primaria y luego ser retirada al solicitarse la anulación, porque la supuesta disconformidad residiría en sostener que el interés social es un concepto variable en función de una norma de orden público y no puede “fijarse” por las partes. En contra, HJAS CID, E., “Pactos parasociales: ¿pueden ser eficaces vía acción de impugnación de acuerdos sociales?”, en *El notario del siglo XXI: Rev. del Colegio Notarial de Madrid*, pp. 150-153.

sociedad a la que refiere, salvo que esta forme parte del pacto, aspecto al que se aludió antes.

Si se trata de un pacto parasocial que incluya entre sus previsiones alguna propia de los que se refirieron como “pactos de atribución”, caracterizados por ventajas o provechos a favor de la sociedad, la situación jurídica en la que se ubica la sociedad favorecida, en este último caso, se inserta en la categoría estipulación para otro. Dependiendo del Derecho positivo, el derecho a favor de la sociedad nacería con el propio pacto parasocial y si la sociedad prestara su aceptación, se consolidaría el derecho a favor de esta, por lo que no resulta posible dejar sin efecto, luego de la aceptación de la sociedad beneficiaria, lo pactado en su provecho.³³⁴

En lo atinente a la forma en que debe emitirse el consentimiento, no existe norma que imponga solemnidad en los pactos parasociales. No se trata de un contrato solemne, si bien la consensualidad puede generar dificultades probatorias.

En el Derecho brasileño y uruguayo, para las sociedades anónimas, si se pretende cumplir con los requisitos, una serie de requisitos a fin de que se desplieguen las consecuencias previstas en los arts. 118 de la ley brasileña y 331 de la ley Uruguay, es necesaria la forma escrita. El cumplimiento de tales requisitos importa documentar la celebración del negocio, pero tampoco en ese caso se está en presencia de una solemnidad.

Los pactos parasociales de regla, entonces, no son negocios solemnes en los sistemas jurídicos que analizamos en el presente. Al analizar los efectos del negocio en el Derecho brasileño y uruguayo volveremos sobre las consecuencias jurídicas que genera la verificación del registro previsto en los respectivos artículos de ambas legislaciones.

En Estados Unidos ocurre lo mismo que en estos países sudamericanos. La sección 7.32 del modelo de ley de la Comisión de Derecho de sociedades de la *American Bar Association*, que ha sido receptada por la mayoría de los Estados federados, impone determinados requisitos formales a los pactos que celebrados por todos los socios, devienen oponibles a la sociedad si cumplen ciertos requisitos, por lo que deberán otorgarse por escrito si se pretende este efecto.³³⁵

La libertad de forma hace que puedan celebrarse y probarse por cualquier medio, si bien es cierto que pueden celebrarse en soporte papel, o en soporte magnético,

³³⁴GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, t. XV, p. 62.

³³⁵MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., p. 43.

aceptando en comunicación por medio electrónico un contenido planteado por una de las partes.

En el sistema de notariado latino imperante en los países a que refiere el presente, la prudencia indica que el pacto parasocial debe constar al menos en documento privado, de forma de dar certeza de la personería y facultades bastantes de los otorgantes.

Los problemas en materia de solemnidad se presentan respecto a ciertos contenidos que requieran solemnidad en ciertos regímenes jurídicos.

En el Derecho uruguayo, por ejemplo, el pacto de intereses es solemne, debe pactarse por escrito, en la fianza no hay solemnidad, pero la forma escrita es un requisito de prueba.

En el Derecho español, el asunto se plantea en torno a la cláusula penal negocio consensual de regla del Código Civil (art. 1278 y ss.) y del Código de Comercio (arts. 51 y 52), que si se incluye en un contrato consensual, es consensual. Si, en cambio, la obligación principal requiere una forma determinada de emisión de la voluntad, este negocio accesorio sigue la suerte del principal. Si se pacta luego, o por separado, gran parte de la doctrina española ha sostenido que no es posible trasvasar la forma del negocio principal al accesorio, por lo que el consentimiento puede expresarse en cualquier forma.³³⁶

En ese país el Tribunal Supremo ha señalado: *“la jurisprudencia tiene establecido que, de acuerdo con las normas de los arts. 1.278 y 1.279 del Código Civil, las del art. 1.280 no comportan la exigencia de formalidades ‘ad solemnitatem’, sino tan solo ‘ad probationem’, de suerte que el juzgador de instancia puede pronunciar la existencia de un contrato, es decir, que reúna los requisitos del art. 1.261 de dicho Cuerpo Legal, sin que imperiosamente tenga que basarse en una constatación escrita,*

³³⁶DÁVILA GONZÁLEZ, J., *La obligación con cláusula penal*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1992, p. 261.

proclamarlo el Tribunal a quo por apreciación de los instrumentos de prueba aducidos a las actuaciones”; aunque ha habido otras interpretaciones.³³⁷

³³⁷ “... determinar el alcance de los artículos 1.278 a 1.280 del Código y sobre todo de encontrar una explicación convincente del texto del artículo 1.279. El precepto, que establece la regla general del alcance de la exigencia por la ley de una determinada forma para un contrato, solo puede ser entendido teniendo en cuenta sus antecedentes y el sistema de prueba de las obligaciones. Según esto, ni cabe hablar con base en el artículo 1.279 de forma ad probationem ni tiene sentido, aunque otra cosa pudiera pensarse a la vista del texto del artículo citado y de la rúbrica del capítulo en que se encuentran los preceptos sobre la forma, entender que ésta constituye un requisito imprescindible para que los contratantes puedan exigir judicialmente el cumplimiento del contrato. La redacción del precepto podría explicarse, es una hipótesis que plantea la doctora Santos, como un intento de llegar a una solución de compromiso entre los partidarios del sistema acogido en el Proyecto de 1851, de inspiración francesa, y los partidarios del sistema consagrado en nuestra tradición jurídica, que es el que definitivamente se acoge en el Código. En fin, entiende la doctora Santos que el artículo 1.279 es aplicable a todos aquellos casos en que la forma no es exigida por la ley como requisito de validez del contrato, pero es indispensable para que se produzcan ciertos efectos, de modo que pueda ser útil para alguna de las partes. Por tanto se impone como interpretación más razonable del precepto la que ha llevado a cabo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo con el apoyo de nuestra mejor doctrina. En el capítulo primero aborda también el examen de algunos de los negocios relacionados en el artículo 1.280, con especial consideración de las capitulaciones matrimoniales, así como de algunos problemas que se puedan plantear cuando después de celebrado el contrato se otorga la correspondiente escritura pública”. Vid. CAFFARENA, J., Prólogo a SANTOS MORÓN, M. J., *La Forma de los Contratos en el Código Civil*, Colección Monografías, Universidad Carlos III, Madrid, 1996, disponible en <http://hdl.handle.net/10016/21122>). Puede consultarse *in extenso* dicha obra sobre este asunto en pp. 65-76, donde la hoy catedrática refiere al panorama doctrinario y jurisprudencial y en adelante postula otra asignación de significado posible.

CONVENIOS DE SOCIOS Y ACCIONISTAS

LOS PACTOS PARASOCIALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y EL
DERECHO DE DAÑOS

CAPÍTULO QUINTO

OBJETO Y CAUSA

5.1. Objeto

5.1.1. El concepto de objeto del pacto parasocial

El concepto de objeto del contrato ha sido polisémico y polémico, se ha indicado que no tiene objeto, se lo ha asimilado a la prestación. En la doctrina de los códigos decimonónicos, el objeto del contrato y el objeto de las obligaciones eran lo mismo, esto se evidencia, por ejemplo, en el art. 1282 del Código Civil uruguayo, que reenvía el objeto del contrato al objeto de la obligación.

En la doctrina privatista del siglo XX se ha postulado que el objeto es el bien a que refiere el contrato o la obligación en las obligaciones de dar³³⁸ y la utilidad en las obligaciones de hacer o de no hacer; o que en todo caso el objeto es la prestación.³³⁹

Para algunos, entonces el objeto son las cosas y los servicios que se prestan, así para determinar el objeto debe responderse a la pregunta para qué se contrata y se diferencia de la causa, que pregunta por qué se contrata.³⁴⁰

Para otra postura, como señalábamos, el objeto de la obligación es la prestación y esta a su vez es el objeto del contrato, la conducta del deudor para la satisfacción del interés del acreedor. Esto llevaba a la clásica discusión respecto a los casos en que supuestamente existía ilicitud en el contrato y no en el objeto de la obligación y si esto era concebible.

Otros han postulado que en realidad no existe el objeto del contrato, sino que solo es susceptible de referirse el objeto de las obligaciones y este no es otro que la prestación.³⁴¹ En la Argentina, a la luz de su código decimonónico, sustituido en 2015, se indicaba con base en sus arts. 1167, 1168 y 1169, que preveían: *“la prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria”*; por ello se sostuvo que el contrato no tenía objeto, sino efectos.

³³⁸PEIRANO, J., *Curso de Obligaciones*, t. I, Montevideo, p. 238.

³³⁹BAILEY, J., *Curso de Derecho Civil*, t. I, Montevideo, 1937, p. 177.

³⁴⁰ Sobre esta postura en la Argentina puede consultarse: LORENZETTI, R. L., *Tratado de los contratos. Parte General*, 2ª ed., Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2010, p. 387.

³⁴¹GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, t. XIV, p. 139.

En relación con el concepto de objeto en las sociedades, especie de los fenómenos asociativos, algunos autores postularon analizando el objeto de la sociedad civil, que refería a las operaciones que aquella se proponía realizar, a la actividad que una sociedad se proponía cumplir, al resultado que se proyecta alcanzar.³⁴²

El art. 1003 del CCyCo argentino de 2015, al regular el objeto reenvía al de los actos jurídicos previstos en el art. 279, indicando que “debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial”. Suprime la referencia a la prestación, por lo que podría entenderse que él se plegó a la tesis que sostenían autores como Bueres, esto durante la vigencia del código de Vélez Sarsfield.³⁴³

Los autores uruguayos Cafaro y Carnelli, de impronta normativista, sostuvieron en 1990 que el objeto del contrato no es el objeto de la relación obligatoria, sino que el objeto del contrato es la norma creada por las partes, de este modo es posible de ser analizada la licitud o ilicitud del objeto contractual; así, será ilícito el objeto si existe una reprobación de la norma reguladora de la relación obligacional y consecuentemente de la conducta prescrita en ella.³⁴⁴

En este último sentido, aunque por supuesto sin pretender expedirse sobre el tema de fondo, esto es, con carácter general cuál es el “objeto de los contratos”, se referirá aquí al objeto de los pactos parasociales.

De este modo, las normas creadas por el pacto tendrán como límite la existencia de normas legales o contenidas en el contrato social o estatuto, de las que surja la reprobación de lo pactado.

Admitida la licitud de principio de este tipo de negocios, la licitud de cada convenio dependerá de su contenido. En esta sede se analizarán los posibles contenidos. Para determinar si es posible celebrar un negocio jurídico cualquiera debe analizarse si el otorgante tiene capacidad jurídica y poder normativo negocial, y el principio es que todos los sujetos de derecho gozan de capacidad jurídica y tienen el poder de crear por su interacción Derecho positivo.

Luego debe atenderse a los elementos del pacto, y si estos están, deberá apuntarse a su licitud o ilicitud, en función de las normas legales de las que surja un

³⁴²CERRUTI, A., *Contratos Civiles*, op. cit., p. 353; MEZZERA ÁLVAREZ, R., *Curso de Derecho Comercial*, t. II, vol. I, Alcalí editores, Montevideo, p. 51.

³⁴³BUERES, A., *Objeto del negocio jurídico*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986; BENAVENTE, M. I., “El objeto del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Sup. Especial La Ley*, feb. 2015.

³⁴⁴CAFARO, E. - CARNELLI, S., “Delimitación del concepto de objeto contractual”, en *ADCU*, t. XX, pp. 283-291.

reproche a lo normado por los particulares, titulares de la competencia para crear normas jurídicas.

El tema se presenta en cuanto a los posibles contenidos, el límite en cualquier caso es la licitud del objeto. En el Derecho brasileño y uruguayo, para las sociedades anónimas específicamente se establece la licitud de ciertos contenidos normativos, lo que en los demás tipos sociales no acontece.

En cuanto a las normas que pueden contenerse en el convenio de sindicación, cabe citar la amplitud del art. 331 de la ley LS uruguaya, que en la tipicidad de regulación respecto a los convenios celebrados por accionistas expresa, luego de enumerar los pactos sobre compra venta de acciones, los referidos al ejercicio de derechos de preferencia y de voto y cualquier otro objeto lícito.

Surge la posibilidad en este caso de que las partes creen cualquier tipo de norma jurídica dentro de los límites que surjan, de las normas legales que reprueben lo pactado.

La regulación brasileña y uruguaya mencionada, no confirma ni desmiente nada; en esos países, la admisión o no de la figura en lo previo a la norma, ni aporta fundamentos a favor ni en contra de la admisión del tipo negocial para otros tipos sociales; ya se dijo que el convenio se reputa admisible en referencia a cualquier tipo social.

El convenio de sindicación puede crear normas, referidas, entre otra gama infinita de posibilidades, a la interpretación de las normas estatutarias, la composición del directorio o designación de administradores, las políticas a desarrollarse en materia de negocios, financiamiento y distribución de utilidades, reserva de ciertos asuntos para decisión de la asamblea de socios, cláusulas arbitrales para la dilucidación de controversias internas, regulación del derecho a la información de los socios, regulación de la posibilidad o no de contratar en relación de subordinación o en el giro de los negocios con determinadas personas (por ejemplo, socios, familiares de socios o sociedades en la que participen los socios), pactos sobre la disolución de la sociedad, o la exclusión de un socio, mayorías y quóruns requeridos para la adopción de ciertas decisiones.

El objeto, en este orden, debe ser determinado; si lo es, podremos precisar si es posible, y solo si es posible, podrá predicarse de lícito o ilícito.

En cada caso deberá compulsarse el objeto del contrato “pacto parasocial” o de su subtipo “convenio de sindicación”, esto es, la norma creada por este, con las normas legales aplicables, a fin de determinar la licitud o ilicitud. La casuística es muy extensa, en el presente se analizarán posibles contenidos.

5.1.2. Ilicitud del objeto de los pactos parasociales

A) Ilicitud conforme con las reglas generales de los contratos

A.1) Introducción

La ilicitud del objeto del contrato, o sea, la ilicitud de la norma o precepto, será afirmable cuando por mediación de una norma prohibitiva, buenas costumbres u orden público resulte reprobada por el Derecho la conducta prescrita. En el Derecho uruguayo esto surge del art. 1284 del CC cuando se indica que *“Es moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público”*. En el CCyCo de la Argentina se expresa que son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. En el Derecho español, el art. 1255 estipula que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

En cambio, la ilicitud de la causa del contrato o de la causa de las obligaciones derivará de constatar que el Derecho reprueba no los comportamientos en sí mismos, sino la utilidad, provecho o ventaja a obtener por cada parte o por una de ellas a través de la consideración del comportamiento de la otra.

De este modo, la ilicitud del objeto del contrato, esto es, de la norma reguladora de la relación obligatoria, se edifica adjetivando aquello que es prescrito, es decir, la conducta preceptuada.³⁴⁵

A su vez, entre el contrato parasocial y el social existe una conexión que tiende a la obtención del mismo fin, un ligamen jerárquico, el contrato de sociedad prevalece sobre el parasocial y marca límites a nivel del contenido del pacto (ver *supra*, Capítulo tercero, nal. 4, b).

³⁴⁵CAFARO, E. - CARNELLI, S., “Delimitación del concepto...”, *op. cit.*, p. 290.

A.2) La contravención a la ley, a la moral o al orden público

i) Planteo

El supuesto más sencillo es el de contravención a una norma prohibitiva desde el marco general del Derecho de los contratos. Se trata del supuesto en que de la norma surge claramente la prohibición, v. g., una norma prohíbe el comercio sobre ciertos bienes, en el pacto parasocial se prevé el pago con esos bienes.

Si merece dentro del concepto de ilicitud, mayor análisis el límite que surge de la moral, más allá de algún ejemplo de curso, v. g., votará en la asamblea el accionista A y el accionista B le realizará ciertos favores de índole sexual, en otros casos, sin embargo, el límite no es tan preciso. Esto ocurre cuando se alude, por ejemplo, a que el pacto es ruinoso para la sociedad o le genera daños, puede que algunos de los enunciados perjudiquen a la sociedad y otros no, lo que podría generar responsabilidad civil de los pactantes, pero no comportar la nulidad del pacto.

En la Argentina, el autor cordobés Molina Sandoval, refiriéndose al subtipo convenio de sindicación, indica que debe resaltarse la prohibición de perjudicar los derechos de un tercero, que ese negocio no puede tener por objeto perjudicar a terceros, entre los que están incluidos la sociedad misma, pues es un sujeto de derecho distinto de los socios –art. 2 de la LS argentina– y los restantes accionistas. En una visión que asimila el objeto con la prestación, pero trasvasable a considerarlo como la norma, indica como un claro ejemplo de la prestación concreta comprometida por los sindicados, “cuando el objeto del contrato parasocietario no es asumir el control del órgano de gobierno sino perjudicar a la minoría”.³⁴⁶

Tales límites, inherentes a la naturaleza contractual de los pactos parasociales, parecerían, en principio, suficientes para definir el marco en el cual desarrollar este apartado, dedicado a la cuestión de la validez de los pactos parasociales. El problema radica, sin embargo, a falta de una regulación expresa, en determinar si tales límites nacidos de la disciplina contractual son los únicos que resultan de aplicación.

³⁴⁶MOLINA SANDOVAL, C. A., *Tratado...*, op. cit., p. 403

ii) No contravención al orden público

El concepto de orden público es de los que se encuentra cargado de mayor vaguedad semántica, lo que torna problemática su aplicación.³⁴⁷

En la doctrina argentina, Llambías ha entendido que el concepto de orden público connota un conjunto de principios a los cuales se vincula la subsistencia de la organización social establecida.³⁴⁸ Rivera, en tanto, connota y denota el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituida en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente la organización de esta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras.³⁴⁹

El significado de este significante se ha caracterizado “*por contener los fundamentos jurídicos de una determinada organización social, reflejan los valores que, en cada momento, informan sus instituciones jurídicas*”.³⁵⁰

De esta forma, está claro que si el contenido del pacto parasocial, vulnerara los derechos y libertades fundamentales, sería ilícito el objeto. Pero en el ámbito societario a lo que se alude es a que, para colmo de confusiones de lenguaje típicas de los juristas, son contrarios al orden público los que vulneran derechos recogidos en la Constitución y que tengan reflejo en el ámbito societario, los que constituyan un ilícito penal y los que contravienen los principios configuradores del tipo social, aunque como vimos al analizar la conexidad contractual, este último aspecto es susceptible de abundamiento.³⁵¹

Martínez Rosado los identifica con los valores sustantivos del Derecho societario e indica que, por ejemplo, “un pacto leonino, o el pacto que estableciera una prohibición absoluta de transmisión de las acciones o de las participaciones durante un período de tiempo muy elevado (p. ej., treinta años), no ya porque lo prohíba la LSC (arts. 123.2, en relación con las acciones, y 108.3, respecto a las participaciones), pues nos estamos moviendo en terreno extrasocietario o parasocial, sino porque contraviene un

³⁴⁷ Así lo destacan en España, el propio TS en sentencia de 29 de noviembre de 2007 (Sala de lo Civil, Sección 1ª, RJ 2008/32); CABANAS TREJO, R. – BONARDELL LENZANO, R., “Comentario al art. 7. LSA”, *op. cit.*, p. 116, y MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 115.

³⁴⁸ LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, t. I, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 145.

³⁴⁹ RIVERA, J. C., *Instituciones de Derecho Civil - Parte general*, t. I, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 99 y ss.

³⁵⁰ Así lo indica el TS español, en sentencias de 21 de febrero de 2006 (RJ/2006/827) y 19 de abril de 2010 (RJ/2010/3538).

³⁵¹ CASTAÑER CODINA, “Acuerdos sociales contrarios al orden público (arts. 205.1 y 206.2 LSC)”, en AA.VV., F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel, R. Tena Arregui (dirs.), *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pp. 151 a 158.

principio general de nuestro ordenamiento que tiene carácter de orden público: el extraído del art. 1.583 CC, in fine, a tenor del cual ‘el arrendamiento hecho por toda la vida es nulo’, y que de manera más coloquial solemos ‘traducir’ afirmando que el arrendamiento por toda la vida equivale a esclavitud”. En ese sentido refiere el autor en cita a la sentencia del TS español, cuando expresaba que el concepto de orden público “pertenece al de los denominados indeterminados, y que, en general, se aplica a acuerdos, convenios o negocios, que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, los accionistas minoritarios e, incluso, los terceros, pero siempre con la finalidad de privarles de la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24 de la Constitución” (5 de febrero de 2002 (RJ 2002/1600). Agregando que el mismo TS español ha señalado que su delimitación debe realizarse de manera restrictiva a fin de evitar que la excepción destruya la regla de la caducidad, sin duda establecida para la seguridad del tráfico en sentencia de 19 de julio de 2007. La mención a la seguridad en el tráfico dice relación con lo edictado en ese sistema jurídico, en cuanto el art. 205.1 de la LSC española establece que *“la acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá”*; lo cual aplica además a las sociedades cotizadas (art. 495.2 c), las que para las acciones de impugnación con otro fundamento tienen un plazo de caducidad de tres meses. Se observa que la acción de impugnación en caso de contrariarse el orden público tampoco está alcanzada por el plazo de prescripción de las acciones personales del art. 1964.2 del Código Civil de aquel país.

Pero, como el propio autor destaca, lo que interesa a estos efectos es analizar cómo opera el orden público en materia de pactos parasociales. En este sentido indica que los principios configuradores del tipo no constituyen un límite a estos, ya que no son una frontera de orden público de lo extrasocietario o parasocial, ejemplificando que el sindicato de voto en el que se estipule por sus miembros que las decisiones deberán ser tomadas por unanimidad no ofrece inconveniente alguno en lo que se refiere a la validez, si bien destaca que la unanimidad exigida por el sindicato otorga a todo socio un derecho de veto contrario, a juicio del autor, al carácter deliberante de los órganos sociales y a la igualdad de trato (arts. 97 y 159.1 de la LSC española), relevando la jurisprudencia de

aquel país que indica que no puede acceder inserta en el contrato social al registro, en cambio señala, precisamente porque no choca con la regulación legal, que sí son inscribibles las limitaciones a la libre transmisibilidad que establecieron los firmantes del pacto.

Tampoco será ilícito por contravención al orden público, el pacto parasocial por el que las partes establecen una forma distinta de redistribución de los dividendos; esto se aprecia con claridad pues el socio deviene titular de un crédito que en tanto integrante de su patrimonio es susceptible incluso de ser cedido totalmente, aunque tal aspecto ha pretendido ser analizado por cierta doctrina, desde la perspectiva de la causa.

Si se trata de un pacto parasocial tipificable como convenio de sindicación, y se entienden aplicables en subsidio las normas en materia de sociedad civil, debe tenerse presente además, para el caso en que se pactara percibir los dividendos como corresponde y luego redistribuirlos a la interna del sindicato, lo dispuesto en dicha sede cuando se establece la nulidad de la estipulación que imponga que la totalidad de las ganancias han de pertenecer a uno de los asociados, o que alguno no tenga beneficios, aclarando que no se debe considerar beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero.

Como destaca la autora francesa Sophie Schiller, la incursión en las reglas imperativas del Derecho societario presenta enormes dificultades.³⁵²

Constituye, en lo referido a los pactos parasociales, un asunto que Mas allá de el transcurso del tiempo, no ha tenido a mi juicio justificación satisfactoria, porque no hay criterios claros en los diversos ordenamientos respecto a cuáles serían estas y cuáles las reglas dispositivas que podrían ser modificadas por las partes. En efecto, salvo que del enunciado normativo se indique el carácter de inderogable por voluntad de las partes, el asunto se inserta en un profuso debate.³⁵³

Muchos de los principios del orden público societario no se infieren de reglas, por tanto resulta difícil sustentar, razonando por principios, una limitación a la autonomía privada, lo que a su vez es inaceptable, a la luz del principio de legalidad, norma de clausura del sistema.

³⁵²SCHILLER, S., *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés: les connexions radicales*, Librerie Générale de Droit et Jurisprudence, 2002, Paris p. 38; *apud* CONTI CRAVEIRO, M., “*Pactos Parassociais Patrimoniais: Elementos para sua interpretação no Direito Societário Brasileiro*”, Tese de Doutorado em Direito Comercial, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, pp. 220-222, disponible en https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-18112016-113723/publico/Tese_final_para_digital_Mariana_Conti_Craveiro.pdf

³⁵³V. g., el art. 109 de la LS brasileña.

De esta forma, el orden público societario no resulta un criterio eficaz para precisar los límites de la autonomía privada en el ámbito societario y menos aún lo es en el parasocial.

Schiller, en su obra de principios de siglo, propone como alternativa analizar ciertos elementos esenciales a la materia en su conjunto; lo que si no se afina, parece duplicar el problema en vez de resolverlo. La autora indica que identificar partiendo de las reglas existentes que no indican aquello de que las partes no podían disponer para llegar a ello resulta imposible, teniendo en cuenta la ausencia de carácter operativo de las nociones de orden público y regla imperativa en el Derecho de sociedades. Considera la autora más útil examinar cada regla y determinar, en el Derecho societario, conexiones radicales, vínculos fundamentales, que no pueden ser quebrados, aun cuando no exista formulación legal expresa respecto a dicha prohibición.³⁵⁴ Individualiza dos de esas conexiones: una, la verificada entre poder y responsabilidad; la otra entre actividad y garantía y coloca como ejemplo de contratos que son contrarios a estas conexiones, aquellos relativos a las participaciones recíprocas, a la negociación con las propias acciones, vinculando ambos asuntos a licuar (“*watering*”) el capital social, incluyendo la existencia de testaferros, participaciones circulares, entre otras, como las estructuras piramidales. También cuestiona la autora la admisibilidad de las cláusulas restrictivas de la circulación de las acciones.³⁵⁵

Respecto al orden público denominado societario, ni el abordaje clásico ni el propuesto por la autora resulta, mi juicio, satisfactorio, salvo en sistemas como el brasileño, donde como se verá al analizar el elemento estructural causa, debe apreciarse por disposición expresa, cuál es la “*función social*” del contrato. La expresión social no denota el vínculo societario, sino la sociedad brasileña considerada en su conjunto. Las situaciones mencionadas por la autora y recogidas por la autora brasileña Conti

³⁵⁴ La autora incluso individualiza la situación inversa, donde en la forma parece impecable la formulación, pero “Le droit des sociétés suppose alors la présence de garanties dont l’organisation varier a suivant la forme sociale choisie. La présence de convention ou la mise en place d’un montage sociétaire peut permettre de faire disparaître toute garantie effective, tout en maintenant un parfait respect formel des règles impératives existantes. Une telle construction contractuelle doit être rejetée” (*Les limites de la liberté contractuelle...*, *op. cit.*, p. 148); *apud* CONTI CRAVEIRO, M., “Pactos Parassociais Patrimoniais...”, *op. cit.*

³⁵⁵ CONTI CRAVEIRO, M., “Pactos Parassociais Patrimoniais...”, *op. cit.*, pp. 346-380 y 381-388.

Craveiro, quien abreva en la obra de la primera, deben analizarse a la luz de otras figuras como la simulación, la intestación a nombre ajeno o el fraude a la ley.

iii) La moral

La referencia a la moral resulta asaz compleja para determinar el límite que surge de ella. La conceptualización de “la moral” excede largamente los límites de esta obra. La incidencia de la moral en los pactos parasociales y en sus límites se ciñe a los propios límites de la autonomía privada y debe procurarse, a mi juicio, en la buena fe y en la solidaridad aplicada al Derecho civil, aun con las dificultades que ello comporta. En función de su carácter de concepto abierto, cargado de vaguedad en cuanto a los alcances, debe referirse a un momento y sociedad determinados. La idea de que el hombre es, por naturaleza, un ser social que necesita pertenecer a un grupo para su sobrevivencia, destinado, así, a vivir en sociedad, no es reciente, fue expuesta por el filósofo griego Aristóteles³⁵⁶ en su clásico *Política*.³⁵⁷

Dentro de la sociedad se hace necesario que los individuos actúen de forma organizada y colaboren entre sí, viabilizando la sobrevivencia y la evolución del grupo, de donde se desprende la noción de solidaridad.

En el fin del siglo XIX, el discurso de la solidaridad, ya presente en el estoicismo y en el cristianismo primitivo, asume un ropaje coherente y disociado de las ideas de caridad y de filantropía, por medio de la cual se puede obtener una nueva forma de comprensión de la sociedad, con políticas concretas. Fue sistematizado de forma pionera por Lèon Bourgeois y Emile Durkheim.³⁵⁸

³⁵⁶ Cfr. Aristóteles (*Política*, 5ª ed., Martin Claret, São Paulo, 2009, pp. 54-56.): “en primer lugar, se deber unir en pares aquellos que, como el hombre y la mujer, no pueden quedar uno sin el otro, para la creación; [...] los hombres tienen un deseo natural de dejar en otro ser la imagen de sí mismos. [...] La sociedad que se forma [...] por varias familias, no es constituida tan solo para atender las necesidades cotidianas, mas teniendo en vista una utilidad común, es la aldea (*komé*). Y cuando varias aldeas se unen en una única y completa comunidad, la cual posee todos los medios para bastarse a sí misma, surge la Ciudad (*pólis*). [...] Queda en evidencia, pues, que la ciudad es una creación de la naturaleza, y que el hombre, por naturaleza, es un animal político (esto es, destinado a vivir en sociedad), y que si no tuviese su existencia en la ciudad sería un ser vil, superior o inferior al hombre. Tal individuo, según Homero, es un “ser sin lugar, sin familia, sin leyes”, pues tiene sed de guerra y, como no es frenado por nada, se asemeja a un ave de rapiña”. Traducción del autor.

³⁵⁷ La misma concepción es recibida en la obra de Rudolf von Ihering, para quien una nación es la suma de todos los individuos que la componen, sintiendo, pensando y operando, como tales, y una sociedad, en sentido jurídico, reúne personas unidas entre sí, las cuales trabajan simultáneamente para beneficio propio y cooperan con vistas a la consecución de un fin común (VON IHERING, R., *A luta pelo direito*, 6ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 61; VON IHERING, R., *A evolução do direito*, 2ª ed., Livraria Progresso, Salvador, 1956, p. 90). Traducción del autor.

³⁵⁸ DE CASTRO FARIAS, J. F., *A origem do direito de solidariedade*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1998, pp. 188 y 190.

Se difunde en ese periodo, el entendimiento de que en las sociedades superiores solo se mantiene el equilibrio si el trabajo es dividido, y analizando esa división, considerada bajo un nuevo aspecto, se concluye que, de hecho, los servicios económicos que ella puede prestar no se comparan con el efecto moral que ella produce, mucho mayor, teniendo como verdadera función crear entre dos o más personas un sentimiento de solidaridad.³⁵⁹

A finales del siglo XIX e inicios del XX, la doctrina de la solidaridad, reconocida como un hecho objetivo, científico y moral, pasa a ejercer gran influencia sobre algunos juristas, como Lèon Duguit, Maurice Hauriou y Georges Gurvitch, y fue inserta también en el plano jurídico, ocasionando una relectura del papel del Derecho y del Estado.³⁶⁰

Se pasó a observar así que los individuos de una sociedad están unidos unos con otros; primero, porque tienen necesidades comunes, cuya satisfacción no pueden alcanzar sino por la vida en común (solidaridad o interdependencia por semejanza); entretanto, estos individuos están unidos unos a otros porque tienen necesidades diferentes y aptitudes diferentes, pudiendo, por tanto, ayudarse en servicios mutuos y asegurar la satisfacción de sus necesidades diversas (solidaridad o interdependencia social por la división del trabajo).³⁶¹

Cabe excluir una crítica previsible y señalar que aun en perspectivas clásicamente sindicadas como individualistas, esta visión de solidaridad es perfectamente aceptable.

En el aparente caos del mercado, Adam Smith encontró un cierto orden, que llamó natural, en las variadas acciones individuales interactivas, basadas en el beneficio propio, que arrojaban una determinada coherencia interna. Percibía este pensador que unas personas colaboraban con otras, aun de modo inconsciente, en la creación y extensión de la riqueza y el bienestar en la sociedad; surgía así un fin común. Decía

³⁵⁹DURHEIM, E., *Da divisão do trabalho social*, 3ª ed., traducción de Eduardo Brandão, Martins Fontes, San Pablo 2008, pp. 21 y 419.

³⁶⁰DE CASTRO FARIAS, J. F., *A origem do direito...*, op. cit., p. 191, n. 12: Duguit trata la solidaridad como una norma de derecho objetivo; Maurice Hauriou la ve con la óptica de institución, en cuanto organismo-representativo; Georges GURVITCH la retoma como hecho normativo, sistematizando la idea de derecho social (pp. 221-222).

³⁶¹DUGUIT, L., *Las transformaciones del derecho*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1975, p. 182.

Smith: “resulta que cada uno de los sujetos colabora de una manera necesaria en la obtención del ingreso anual máximo para la sociedad. Ninguno se propone, por lo general, promover el interés público, ni sabe hasta qué punto lo promueve, [...], únicamente solo considera su seguridad [...], solo piensa en su ganancia, pero en éste, como en otros muchos casos, es conducido por una mano invisible a promover un fin que no entraba en sus intenciones. Mas no implica mal alguno para la sociedad que tal fin no entre a formar parte de sus propósitos, pues al perseguir su propio interés promueve el de la sociedad de una manera más efectiva que si esto entrara en sus designios”.

Decía, años antes también Smith: “Por más egoísta que quiera suponerse al hombre, evidentemente hay algunos elementos en su naturaleza que lo hacen interesarse en la suerte de los otros de tal modo, que la felicidad de éstos le es necesaria, aunque de ello nada obtenga, a no ser el placer de presenciarla”.³⁶²

Este comportamiento, conforme la moral smithiana, viene determinado por dos elementos atenuantes de los instintos egoístas, la simpatía, o la empatía, ponerse en el lugar del otro, de modo de sentir compasión por los insucesos en la existencia de aquellos, que pudieran estar causados en forma más o menos directa por las acciones propias y la existencia de un supuesto espectador imparcial, la conciencia, que indicaría cómo son vistas las acciones propias por los demás; lo que llevaría al sujeto a buscar, guiado por su amor propio, la aprobación ajena, la estima de quienes los rodean, estima que le sería negada si se percibieran sus acciones susceptibles de reproche. Así, este autor describe la que se ha denominado cooperación espontánea, casi inconsciente, que generaría bienestar y armonía.³⁶³

Sin embargo, el propio Smith admitió que esta simpatía devenía insuficiente para armonizar los intereses individuales, y en tanto no existiera una instancia superior, los poderosos podían emprender acciones nocivas contra los débiles. Allí este autor hace entrar al Estado, instancia superior admitida por todos, titular de la coerción, que debe organizar las instituciones para que la cooperación inconsciente funcione de forma adecuada, atenuando las consecuencias dañosas de ese tipo y

³⁶²SMITH, A., *Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*, Libro IV, Capítulo II, Ed. FCE, 1990, p. 402, y *La teoría de los sentimientos morales*, disponible en [http://pdfhumanidades.com/sites/default/files/apuntes/196-Smith,%20Adam%20-%20La%20teoria%20de%20los%20sentimientos%20morales%20\(Alianza\)%20615%20pags%20IMPRI-MIR%20EN%20AHORRO.pdf](http://pdfhumanidades.com/sites/default/files/apuntes/196-Smith,%20Adam%20-%20La%20teoria%20de%20los%20sentimientos%20morales%20(Alianza)%20615%20pags%20IMPRI-MIR%20EN%20AHORRO.pdf)

³⁶³SCHWARTZ, P., MARTÍN, V., “La ética del amor propio en Spinoza, en Mandeville y en Adam Smith”, *Rev. de la Información Comercial Española*, N° 691, 1991, pp. 31-43.

garantizando así el derecho a la vida, a la salud, a la libertad y a la propiedad. En definitiva, el autor termina reconociendo que la cooperación inconsciente como tal puede defecionar, y entiende que los sujetos deben dotarse de instituciones bien diseñadas, pasando el Estado a operar en ese entramado y a sentar ciertas bases. Entonces aquella espontaneidad se pierde y se ingresa en otro nivel, la cooperación pasa a ser producto de la concertación, pero lo involucra con el Estado.

En lo microeconómico y microsocioal, grupos humanos procuran escapar racionalmente de los altos costes que impone la utilización de la entropía. El premio Nobel de economía Douglas North reconoce que además de los móviles puramente egoístas, existen múltiples inclinaciones altruistas en la conducta humana. Afirma que los individuos realizan intercambios entre dos tipos de funciones de utilidad, las que favorecen preferencias orientadas hacia el grupo y las que favorecen preferencias egoístas, lo que permite explicar comportamientos que carecerían de sentido en el contexto de conducta de un individuo que solo maximiza la riqueza.³⁶⁴

Así, el *homo oeconomicus* no se presenta necesariamente como egoísta; por ejemplo, se preocupa del daño ambiental que afectará a generaciones futuras, asume actitudes de apoyo a programas asistenciales que comportan una disminución de sus ingresos, conductas difícilmente explicables partiendo de un modelo de hombre egoísta. Como destaca en España Predrajaz,³⁶⁵ analizando la obra de Amartya Sen: “La teoría de la justicia social y económica de Amartya Sen, articulada a partir del enfoque de las capacidades, nos ofrece en sus fundamentos una nueva configuración de la racionalidad

³⁶⁴NORTH, D., “Cooperación: el problema teórico”, en *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Ed. FCE, México, 1993, pp. 26-27.

³⁶⁵PEDRAJAS, M., “La transformación ética de la racionalidad económica en Amartya Sen. Una recuperación de Adam Smith”, en *Quaderns de filosofia i ciència*, Nº 36, 2006, pp. 105-117, disponible en https://www.uv.es/sfpv/quadern_textos/v36p105-117.pdf. Señala la autora que: “Para Amartya Sen, un gran error histórico de la filosofía y la economía es la idea generalizada de concebir a Adam Smith como el gran gurú del *homo oeconomicus* y, por consiguiente, de la racionalidad egoísta. Así lo expresa Stigler, para quien ‘el interés personal domina a la mayoría de los hombres’. De hecho, estas conclusiones son perfectamente deducibles si solo se lee *La riqueza de las naciones*, y el célebre texto sobre la actividad del cervecero, el panadero y el carnicero, unido al de la mano invisible. Para Sen, A. Smith no fundamentó la moderna economía en un ser humano que actúa únicamente por su propio interés. Basándose principalmente en la Teoría de los sentimientos morales, va a reivindicar al Smith más filosófico y moral, el que se mueve por ‘interés en el otro’. Esta tarea la realiza principalmente en *Sobre ética y economía*, en el artículo, *Adam Smith’s prudence* de 1986, y en *Desarrollo y Libertad*, donde Sen nos refiere a un artículo de Emma Rothschild, ‘Adam Smith and conservative economics, 1992, para una historia de las interpretaciones erróneas de Adam Smith’”.

económica. Nos propone una transformación del neoclásico *homo oeconomicus* a una nueva persona moral que se mueve en los distintos procesos económicos por simpatía, compromiso y valores. Un cambio de racionalidad que, en definitiva, no es más que una recuperación de la interpretación ética de la obra de Adam Smith, y que en una economía globalizada de principios del siglo XXI nos va a permitir enfocar los procesos económicos desde un ‘horizonte de economía ética’, con consecuencias también en las decisiones políticas y sociales. Efectivamente, a partir de la transformación de la racionalidad individual y junto con el estudio de la racionalidad colectiva en la teoría de la elección social, tal y como propone Sen, la toma de decisiones políticas, económicas y sociales en una sociedad democrática podrá estar sólidamente fundamentada –tanto desde el punto de vista económico como el filosófico– en motivaciones éticas y de justicia social [...] la transformación ética de la racionalidad económica desde la perspectiva neoclásica-utilitarista dominante a una perspectiva ética. Un enfoque que entronca directamente con los clásicos, con Adam Smith pero también con Aristóteles, y que comparte e impulsa Sen en la actualidad. Es el primer eslabón de un nuevo modelo de economía ética que, ampliado y profundizado junto con otros muchos autores de reconocido prestigio –por ejemplo, Yunus, economista y premio Nobel de la Paz– se ha hecho un hueco importante en la *mainstream economics* por su autoridad moral y urgente necesidad en el momento histórico en el que vivimos”.

Referente actual en el tema de la solidaridad, Edgar Morin³⁶⁶ indica que “en nuestro mundo de hombres, en el cual las fuerzas de separación, retirada, ruptura, desplazamiento, odio, son cada vez más poderosas, más que soñar con la armonía general o con el paraíso, debemos reconocer la necesidad vital, social y ética de la amistad, del afecto, y del amor por los seres humanos, los cuales, sin eso, vivirían de hostilidad y agresividad, volviéndose, volviéndose amargos o pereciendo”. Al relacionar solidaridad y justicia, Habermas³⁶⁷ afirma que: “La justicia deontológicamente concebida requiere solidaridad, como su otra cara. En este caso, estos no son dos momentos que se complementan entre sí, sino aspectos de la misma cosa. Todas las morales autónomas tienen que resolver, al mismo tiempo, dos tareas: al reclamar el mismo trato, y con el mismo respeto por la dignidad de cada uno, afirmar la inviolabilidad de los individuos en la sociedad; y al mismo tiempo se requiere

³⁶⁶MORIN, E., *O Método VI: ética*, 2ª ed., tradução de Juremir Machado da Silva, Ed. Sulina, Porto Alegre, 2005, p. 36, traducción al español de los autores.

³⁶⁷HABERMAS, J., *Aclaraciones a la ética del discurso*, Ed. Trotta, Madrid, 2000.

solidaridad por parte de los individuos, como miembros de una comunidad en la que se socializan, protegen las relaciones intersubjetivas de reconocimiento recíproco. La justicia se refiere a la igualdad de libertad de las personas que se determinan a sí mismas y que son insustituibles, mientras que la solidaridad se refiere al bien o la felicidad de los hermanos en una forma de vida compartida intersubjetivamente y, por lo tanto, también a preservación de la integridad de esta forma de vida. Las normas no pueden proteger una sin la otra, es decir, no pueden proteger la igualdad de derechos y libertades de las personas sin el bien del prójimo y la comunidad a la que pertenecen”. En ciertos ordenamientos, v. g., el brasileño, la solidaridad recibe consagración constitucional, en otros no. Esto ha llevado, en estos últimos, a cierto sector de la doctrina a señalar que no es admisible en el derecho positivo la que denomina “buena fe del buen samaritano”. Así, Gamarra, referente de la doctrina civilista uruguaya del siglo XX, indicaba: “Nada impide aceptar la buena fe solidaria como una especie, y concretarla con una fórmula como la italiana u otra similar según la cual es obligatorio actuar en interés del otro contratante, siempre y cuando no se afecte un ‘apreciable interés propio’. Eliminando la limitación se abandona el campo de la buena fe solidaria, para ingresar a la que propongo llamar ‘la buena fe del buen samaritano’, que obliga a anteponer el interés del otro contratante en desmedro del interés propio, y actuar en su beneficio, aunque sea el único perjudicado y no reciba ninguna ventaja. El buen samaritano recoge y auxilia al herido, lo traslada a una posada y paga el alojamiento; luego sigue su camino”.³⁶⁸ Sin embargo, la situación referida por el privatista en cita no resulta atinente a lo que ahora se analiza, y retira el foco del comportamiento solidario, refiere a otros supuestos, por ejemplo, aquel en que el contratante debe preferir un bien de otro al suyo propio. La solidaridad social no comporta, por ejemplo, elegir salvar el bien que ha recibido en comodato a uno de su propiedad. Esto no se relaciona con la solidaridad, sino que debe venir impuesto por una regla, por ejemplo, se prevé en algunas situaciones para el comodatario. Caumont, sobre la eticidad en el proceder ha señalado: “A lo cual debe asimismo agregarse que la inejecución de deberes éticos propende a la inejecución de los imperativos jurídicos de dirección del comportamiento dentro de los marcos de lealtad, solidaridad y respeto que se encuentran precisamente

³⁶⁸GAMARRA, J., *Buena fe contractual*, Ed. FCU, Montevideo, 2011, p. 49.

incluidos en las normas que encartan la obligación de comportarse con Buena Fe y en los contenidos semánticos que la expresión Buena Fe posee. En tal sentido, ella es indicativa significacional de ética a cabalidad desde que precisamente su contraria, la Mala Fe, es clave paradigmática de la conducta desleal e insolidaria, despectiva de los derechos e intereses de los demás y en desconsideración de las esferas de respeto dentro de las cuales deben ser concebidos aquellos con los que se entablan vínculos de relevancia jurídica. Por consiguiente, no es compatible la idea de que la dimensión de eticidad se encuentra en los extramuros del Derecho y, por el contrario, resulta manifiesto que ella es una dimensión del propio ámbito jurídico que no es susceptible de aprehenderse a cabalidad si no es por medio de su consideración conceptual como una territorio polidimensional que incluye los perfiles trialistas con que se le propone por Werner Goldschmidt en Argentina y por Miguel Reale en Brasil y, además, una condición de eticidad que guarda autonomía cierta con la dimensión axiológica que el trialismo señala. En esta línea de pensamiento, la eticidad constituye una dimensión diferente y transversal respecto de las concebidas por los dos ius filósofos fundadores del Tridimensionalismo puesto que a ella no es susceptible de ubicársele en términos equivalentes al solo valor (dimensión axiológica) o al solo hecho o conducta (dimensión fáctica o material) o a la sola regla (dimensión normativa) y se instala, con el suficiente grado de autonomía conceptual, como dimensión de predicación funcional susceptible de calificar a los preindicadas perfiles estructurales clásicos que fueron objeto de particular preocupación por los cultores de la corriente iniciada por Goldschmidt y por Reale”.³⁶⁹

En suma, la moral, en este segmento, puede interpretarse desde la perspectiva de la solidaridad; implica imponer a cada persona deberes, de cooperación, asistencia y amparo en relación con otras, y surge como una categoría ética y moral recepcionada por el mundo jurídico, que tiene su base y evidencia la interdependencia social.³⁷⁰

La solidaridad ingresa en sistema jurídico como una forma de atribuir significado al prójimo, despertando en el individuo el reconocimiento de la existencia del otro, porque estimula en cada uno la conciencia preceptiva del ambiente social. Se torna así en un nuevo paradigma para el Derecho, que en vistas de mejorar el Estado y la sociedad y la calidad de vida de los ciudadanos, implica un sistema jurídico que

³⁶⁹CAUMONT, A., *Estudios de Derecho Civil*, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo, 2020, pp. 101-102.

³⁷⁰NETTO LOBO, P., *Direito civil: parte geral*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 81.

valoriza la dignidad plena del ser humano y la responsabilidad social de todos, en lo cual no encajan la indiferencia social o el individualismo egoísta exacerbado.³⁷¹ En lo vinculado al derecho privado patrimonial, indica en Uruguay Caumont: “la fraternidad es la base sobre la que se erigen los desarrollos doctrinarios que conciben al contrato como un vínculo entre personas en su más profundo sentido humano y dimensión ética que prevalece sobre la angosta visión meramente patrimonialista”.³⁷²

En otro orden, en la doctrina española, por ejemplo, Martínez Rosado señala como contrarios a la moral los pactos donde se acuerda votar en cierto sentido a cambio de una contraprestación. Analizamos el asunto *infra* al estudiar los posibles contenidos concretos de un pacto parasocial.³⁷³

B) Limitaciones vinculadas a la conexidad contractual

B.1) La cuestión en las sociedades comerciales

i) Introducción

Respecto a si la licitud del objeto debe analizarse considerando o no las limitaciones del Derecho de sociedades, la doctrina española ha analizado en profundidad el asunto.

Algunos autores entienden que el análisis de la licitud del objeto de los pactos parasociales queda circunscripto a la ley, la moral, y el orden público exclusivamente.³⁷⁴

Así, Vicent Chuliá, en su clásico trabajo, indica que el único límite está constituido por el contenido del art. 1255 del CC español, no hay restricciones derivadas del Derecho de sociedades anónimas.³⁷⁵ En tanto, Paz-Ares postula que la validez de los pactos parasociales no puede enjuiciarse con el rasero de la imperatividad propia del

³⁷¹DA SILVA CARDOSO, A., *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2010, pp. 109, 116 y 122. Desde otra perspectiva, la solidaridad al buscar la igualdad entre los individuos como un fin presupone situaciones de desigualdad, pues actúa exactamente en el espacio de diferencia entre aquellos. Esta desigualdad es el objeto de la solidaridad. Vid. GOMES DI LORENZO, Wambert, *Teoria do Estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários*, Ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2010, p. 132.

³⁷²CAUMONT, A., *op. cit.*, p. 50.

³⁷³MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 113.

³⁷⁴Para la doctrina portuguesa, ver *supra* Capítulo terceiro, 3.5.

³⁷⁵VICENT CHULIÁ, F., “Licitud, eficacia...”, *op. cit.*, p. 1233.

Derecho de sociedades, y en esa línea da cuenta de que los pactos parasociales no son inválidos por contravenir normas del tipo societario, v.g., la prohibición de unanimidad, pasando el análisis de la legitimidad a aspectos del Derecho común, v. g., vulnerar la buena fe objetiva.³⁷⁶

También en esa línea, el ST español ha sostenido que los pactos parasociales *“no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societaris –de ahí gran parte de su utilidad–, sino a los límites previstos en el artículo 1255 del Código Civil”* y *“son válidos siempre que no superen los límites impuestos por la autonomía de la voluntad”*. Asimismo, la SAP de Madrid ha indicado que *“los pactos parasociales no quedan constreñidos por los límites impuestos por las reglas societarias sino por los propios de la autonomía de la voluntad”*.³⁷⁷

Con variantes, estos autores indican que la validez de los pactos parasociales no puede enjuiciarse bajo las que valoran de “imperatividad” propia del Derecho de sociedades, de esta forma el contenido –el objeto– de los pactos parasociales no se ciñe a los estatutos, o contrato social o a las normas de la ley de sociedades, sino a los límites del derecho común y consecuentemente son válidos, aunque sean contrarios a una norma imperativa o un principio configurador del tipo.³⁷⁸

Como releva Pérez Ramos, para ellos no es relevante para decidir si es o no válido un pacto parasocial el que el mismo vulnere las reglas establecidas en el LSC, salvo que las normas que se infieren de los enunciados de la ley prohíban cierto contenido de un pacto por contrario a la moral y al orden público. El límite entonces queda reservado a la imperatividad sustantiva, aquella que se basa en la defensa de los valores centrales o fundamentales del derecho privado (por ejemplo, interdicción de la usura, causalidad de la atribución patrimonial, revocabilidad de los poderes,

³⁷⁶PAZ-ARES, C., “La cuestión de la validez de los pactos parasociales”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Madrid, 2011, disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3216/documento/art32.pdf>; consultados el 18 de diciembre de 2020.

³⁷⁷ STS de 23 de octubre de 2012 (RJ 2012 101213) SAP Madrid del 12 de noviembre de 2013 (JUR, 2014 56812). Así lo relevan CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L. – NEIRA FERNÁNDEZ, P., “Pactos Parasociales. Acuerdos y Pactos Parasociales: Una aproximación a su naturaleza y contenido básico”, en *Acuerdos y Pactos Parasociales una visión práctica de su contenido*, Cazorla González-Serrano, L., coord., Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 32.

³⁷⁸CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, I. Arroyo y J. M. Embid Irujo, dirs., vol. I, Madrid, 2001, p. 116.

imposibilidad de excluir la responsabilidad en caso de dolo).³⁷⁹ La imperatividad tipológica viene establecida en el Derecho de sociedades por la necesidad de

³⁷⁹PAZ-ARES, C., “El *Enforcement...*”, *op. cit.*, p. 19. Respecto a la revocación del poder, a mi juicio no resulta un asunto de orden público o de límite imperativo, en tanto puede pactarse la irrevocabilidad, infra Capítulo Octavo. enseñaba el maestro uruguayo GAMARRA: “La doctrina sostiene, sin embargo, que el mandato puede devenir irrevocable en dos circunstancias: en primer lugar, por la naturaleza misma de las cosas, cuando el mandato se da también en interés del mandatario o de un tercero; en segundo término, cuando las partes estipulan la irrevocabilidad del negocio. Dos formas, pues de irrevocabilidad: por naturaleza y por voluntad de las partes (convencional). La primera de ellas exige otra distinción, entre mandato puro, otorgado en el solo interés del mandante y mandato impuro, conferido también en interés del mandatario y/o de un tercero. Es necesario, todavía, un último distingo: se habla de irrevocabilidad absoluta y relativa, según los efectos de la misma; la irrevocabilidad se llama absoluta cuando la revocación ejercitada por el mandante es incapaz para poner fin al mandato (o al poder) dejando subsistente, por ende, la relación contractual, en el mandato (o el poder de representación, en su caso); la irrevocabilidad es (llamada) relativa cuando genera una mera obligación de no hacer en el mandante, cuyo incumplimiento tiene por consecuencia obligarlo a resarcir los daños y perjuicios causados, pero es idóneo para hacer cesar el mandato, esto es, el mandante está obligado a no revocar, si lo hace, pone fin al mandato, pero como al mismo tiempo incumple una obligación (de no revocar) debe los daños y perjuicios causados por ello, de acuerdo con los principios generales”. *Vid.* GAMARRA J., *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, t. I, p.59-69 3era. Ed.Mdeo, 1977. El mandato puede tener por objeto “el interés común del mandante y mandatario”. Cuando el mandante otorga mandatos que no son de su exclusivo interés, ve limitada su facultad de revocar por la existencia de relaciones jurídicas subyacentes entre el mandante y el mandatario o terceros, que conforman un sistema. El mandato, en ese caso es irrevocable, ya que no depende de la sola voluntad del mandante dejarlo sin efecto arbitrariamente. En la doctrina española, Albaladejo (ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. II, vol. 2, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 338) indica que el poder es irrevocable si se celebró sobre el fundamento de una relación básica que excluye la revocabilidad. Pero además existe la posibilidad de pactar en varios sistemas jurídicos, la irrevocabilidad expresamente, en caso que el poder se vincule a otro contrato que tiene plazo pactado, o si el representante no gestiona solo intereses del mandante, sino también intereses propios, y el poder se presenta como instrumento para la consecución de la percepción de honorarios por el mandatario. La irrevocabilidad por naturaleza del mandato, cuando este ha sido conferido también en el interés del mandatario, es admitida en Uruguay. El Código Civil uruguayo ha previsto que el “*mandato puede tener por objeto [...] el interés común del mandante y mandatario o interés exclusivo de un tercero [...]*”. Señalaba Gamarra ya en 1959 que “Es un error de concepto sostener que el art. 2087 tiene por alcance “prohibir que se otorguen mandatos irrevocables. Evidentemente, si el Código establece que el mandante puede revocar cuando le plazca, el único planteo jurídico correcto consiste en determinar si dicha norma, que integra la naturaleza del contrato, puede ser derogada convencionalmente (si fuera de carácter dispositivo) o por la propia naturaleza de las cosas”. La irrevocabilidad puede también ser establecida por las partes, ya que no existe “ningún principio jurídico que se oponga a tal pacto”, tal como enseñaba Gamarra. Y continúa el tratadista: “Este pacto genera una simple obligación de no hacer, cuyo incumplimiento se rige por los principios generales, imponiendo a quien la viola el resarcimiento de los daños y perjuicios (irrevocabilidad llamada relativa). Tanto en esta materia, como tratándose de la revocación del poder encuentra su plena aplicación el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, en ausencia de límites establecidos por normas de orden público”. En relación con la irrevocabilidad del poder indica: “Esto sentado, resulta admisible la irrevocabilidad del poder, porque, como todo derecho, el de la revocación, también admite renuncia”, siempre que “se establece la irrevocabilidad del poder con el mismo alcance que tiene la irrevocabilidad del mandato”. Otro autor clásico, Sánchez Fontans (SÁNCHEZ FONTANS, J., en *Rev.Fac. Derecho*, “Jornadas de Derecho Comparado”, 1955, p. 386 y ss.) indicaba: “El pacto de irrevocabilidad genera un simple vínculo personal una obligación negativa de no revocar que puede ser violada, no entraña una renuncia a la facultad de revocar es decir una imposibilidad objetiva de revocación del poder con respecto a terceros, es decir a la legitimación extender la renuncia a la revocabilidad es inoperante. Este concepto puede concretarse así: la revocabilidad solo pertenece a la naturaleza del mandato como relación obligacional, que puede

estandarizar un modelo societario con el objetivo de facilitar economías de aprendizaje y de red y reducir los costes de información. Ello puede justificar –aunque no quiere decir que lo justifique– que no se permitan variaciones de la organización de la sociedad anónima o limitada que se presenta *ad extra* y que está llamada a circular y perdurar. Nada obsta, sin embargo, que las partes acomoden esa organización en sus relaciones internas o *ad intra* a sus circunstancias, preferencias o conveniencias.³⁸⁰

El profesor Martínez Rosado ha señalado que esta solución emerge del Derecho positivo español; la extrae del núm. 2 del art. 114 en relación con las SA, y el núm. 2 del art. 175 RRM para las SRL. En la redacción dada por la disposición final segunda del RD 171/2007 se indica que en la inscripción de estas sociedades se harán constar los pactos y condiciones inscribibles que los socios juzguen conveniente establecer en la escritura o en los estatutos *“siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores”* de la SA/SRL, y entre estos pactos o condiciones podrán figurar *“las cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares”* [apartado a)]. Estos enunciados regulan en ese orden jurídico, la publicidad registral del protocolo familiar, como consecuencia de su depósito en el RM a la presentación de las cuentas anuales, o al inscribir una resolución

convertirse en irrevocable, si así se estipula, pero el poder de representación es esencialmente revocable. Si el mandante revoca el poder, la revocación podrá ser ilícita, pero es siempre eficaz”.³⁷⁹ Entonces, bajo el Derecho uruguayo, si el mandato se encuentra conexo a un negocio con plazo, el mismo deviene irrevocable y si se revoca, se incumple el mandato y el negocio al que accede y para el que es necesario. También es admisible la estipulación convencional de la irrevocabilidad del poder en un mandato con plazo, si así se pactara aunque no acceda a otro negocio, quien incumple con la obligación de no hacer asumido debe los daños. En la Argentina, el art. 380, lit. c), del CCyCo de la nación establece que el poder se extingue por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo, que puede ser solamente del representante, o de un tercero, o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa. En tanto, en el Derecho brasileño, el CC de 2002 edicta: *“Art. 683. Quando o mandato contiver a cláusula de irrevogabilidade e o mandante o revogar, pagará perdas e danos”*, de lo que surge que se configura como una obligación de no hacer; y agrega: *“Parágrafo único. É irrevogável o mandato que contenha poderes de cumprimento ou confirmação de negócios encetados, aos quais se ache vinculado”*.

³⁸⁰PÉREZ RAMOS, C., “Significativo aumento de los pactos parasociales”, en *El Notario del Siglo XXI*, setiembre/octubre de 2012, disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-45/329-significativo-aumento-de-los-pactos-parasociales-0-014867352335590266>, y del mismo autor, “Problemas que plantean los pactos parasociales”, publicado en *Actum Mercantil & Contable*, N° 20, julio-septiembre 2012, disponible en <https://blog.efl.es/articulo-doctrinal/problemas-que-plantean-los-pactos-parasociales/>; PAZ-ARES, C., “La cuestión de la validez de los pactos parasociales”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Madrid 2011, disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3216/documento/art32.pdf>; consultados el 18 de diciembre de 2020.

adoptada en cumplimiento del mismo. De allí que es el único caso en que un pacto parasocial accede al RM, y es calificado que los pactos o condiciones no se opongan a las leyes ni a los principios configuradores del tipo societario en cuestión, muestra la preocupación del legislador porque todo aquello que acceda al Registro no entre en contradicción ni con las leyes ni con los mencionados principios; de allí que el jurista en cita infiere, a “contrario sensu”, que cuando el pacto parasocial no accede al RM, no tiene por qué haber inconveniente en que pueda ser contrario a la ley o a dichos principios configuradores.³⁸¹

Sin embargo, que el legislador haya establecido, para los protocolos familiares españoles, en esos casos en que se inscriben, lo que viene de señalarse, no puede inferirse válidamente que no deban guardarse para los que no se inscriben.³⁸²

Otros autores españoles agregan como límites de la autonomía privada, además, a “los principios generales del Derecho de Sociedades y los principios configuradores del orden societario;”³⁸³ entonces pasa a ser ilícito el objeto si se incluyen

³⁸¹MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., pp. 117-118.

³⁸² Como señala el jurista peruano De Trazegnies: “Toda norma legal implica dos partes estructurales: a) una ‘proposición condicional que determina la situación de hecho cuya realización suscita la aplicación de la regla’, que es llamada ‘hecho inicial’ o tatbestand; y b) la proposición afirmativa o negativa que ‘consiste en la consecuencia que la regla atribuye a los hechos jurídicos’, que es llamada dispositivo o rechtsfolge. Ahora bien, para que el razonamiento a contrario sea válido, debemos encontrarnos ante una situación en la que tanto el tatbestand como el rechtsfolge constituyan una polaridad lógica que no admita otras posturas. Si el tatbestand admite otros hechos ajenos a la polaridad o si el rechtsfolge admite otras soluciones no necesariamente contrapuestas a la de la regla interpretada, el razonamiento falla. Por consiguiente, el argumento a contrario es inválido cuando hay otras soluciones posibles además del texto legal y la solución contraria. Por ejemplo, dice Claude du Pasquier, si la ley prevé que todo mayor de edad que se siente incapacitado puede ser provisto de un curador si lo solicita, no puede deducirse contrario sensu que no se puede nombrar curador a un mayor de edad incapaz si éste no lo solicita. Quizá un ejemplo casero puede ayudar a comprender mejor el problema lógico: en el caso de que una persona tenga gripe (tatbestand), debe administrársele aspirina (rechtsfolge); pero de ello no se sigue que solo la persona que tiene gripe debe tomar aspirinas; a la persona que no tenga gripe pero que sufra de simple dolor de cabeza puede también administrársele aspirina. El artículo 1365 del Código civil establece que ‘En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de 30 días’. ¿Puede deducirse de ello que el Código Civil de 1984 ha limitado por ley la posibilidad de una rescisión unilateral a solo los contratos de duración indeterminada? Pensamos que no; y que pretender aplicar aquí el argumentum a contrario es absolutamente equivocado e incluso atentaría contra el espíritu mismo de nuestro Derecho Contractual”. Vid. DE TRAZEGNIES, F., “El Derecho Civil y la Lógica: los argumentos a contrario”, disponible en Dialnet.

³⁸³ Entre los trabajos clásicos en la materia al analizar los sindicatos de voto señalaba Mambrilla Rivera que no pueden atentar contra las disposiciones de Derecho necesario ni contra las disposiciones estatutarias de carácter imperativo. Vid. MAMBRILLA RIVERA, V., *Caracterización jurídica...*, op. cit., p. 322.

disposiciones contrarias a la ley societaria o a los principios configuradores del tipo social correspondiente a la sociedad a la que se refiere el pacto parasocial.

ii) La mención a los principios configuradores

El profesor complutense Tapia Hermida expresa que “además de las normas imperativas, los principios configuradores de la sociedad anónima [...] y los intereses primarios de la sociedad garantizados por normas imperativas [...] parecen que han de actuar como límites a la validez de los acuerdos o pactos que puedan calificarse de parasociales”.³⁸⁴

Veamos a qué se alude cuando se refiere a estos principios configuradores. Martínez Rosado ejemplifica con un acuerdo adoptado por todos los socios que elimine el órgano de administración, se señala que afecta a terceros. Por la inseguridad jurídica que traerá consigo se pregunta ¿con quién firmará un proveedor el contrato? Tal como se señaló en los capítulos anteriores, el pacto parasocial no podrá eliminar el órgano de administración pues el mismo surge del contrato social, pero las decisiones que adopte podrán ser tomadas según regule el pacto parasocial, resumiéndose la situación en su caso a una hipótesis de responsabilidad de los administradores.

Podrá regularse en el pacto parasocial, a quiénes deben designar los socios para administrar y cómo administrar. Quien ocupa un cargo en el órgano de administración será responsable de su accionar, conforme se indicó antes, si obra de modo inconforme a Derecho como consecuencia de seguir las indicaciones que surgen del pacto parasocial. De esta forma para los terceros la responsabilidad será de los administradores según les quepa, resultando irrelevantes los procedimientos por los cuales adoptan las decisiones que, en tanto tales toman, en todo caso podrá agregarse algún obligado a indemnizar, pero nunca retirarse uno.

Un pacto por el que se requiere la unanimidad dentro del sindicato de voto para decidir el sentido del voto del propio sindicato en la junta general y que, en caso de no obtenerse se dilucidará mediante dictamen vinculante de un tercero resulta admisible.³⁸⁵ También es lícito el pacto que altera la proporcionalidad del voto dentro del sindicato, requiere mayorías especiales. En la asamblea de socios o accionistas –

³⁸⁴ TAPIA HERMIDA, A., “Comentario al art. 7 LSA”, en AA.VV., Sánchez Calero, F. (dir.), *Comentarios a la ley de Sociedades Anónimas*, t. I, Ed. Edersa, Madrid, 1997, pp. 255-256, *apud* CAZORLA, *op. cit.*, p. 32, n. 22.

³⁸⁵ Cfr. PAZ-ARES, C., “La cuestión de la validez...”, *op. cit.*

junta general—, los obligados votarán cada uno con su respectivo porcentaje, y el pacto no será consecuentemente impugnabile por contrario a la ley.

La referencia a estos principios generales lleva el análisis a determinar cuáles son los “principios generales”, concepto de por sí polisémico y polémico. Es polisémico, esto es, pasible de más de un significado, y polémico, por ello está vinculado en el lenguaje corriente —como señala Carrió— a por lo menos siete significados. Así, núcleo básico o característica central de algo, regla, guía orientación o indicación, origen o causa generadora. También se lo vincula con las nociones de finalidad u objetivo, propósito o meta, con las ideas de premisa o axioma o verdad teórica postulada como evidente, con el sentido de verdad ética incuestionable y por último con las ideas de máxima, aforismo, proverbio o pieza de sabiduría práctica que viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición.³⁸⁶ Siguiendo los análisis efectuados por Luzzati, el concepto jurídico pasible de consenso, que podría tomarse para los enunciados que se aluden como Principios del Derecho societario, es aquél *que delimita o caracteriza un determinado campo o disciplina jurídica*.³⁸⁷

En este orden, como señala Guastini, la cuestión de si una determinada disposición expresa un “principio” o en cambio una simple “norma” no es una cuestión de hecho. La respuesta en un sentido u otro es fruto de una valoración del intérprete, y como tal, no susceptible de predicarse de verdad o falsedad. Puede acaecer —prosigue el jurista— que una valoración sea generalmente compartida y sea entonces “sentida como obvia”, pero esto no le quita el carácter de valoración y la transforma en verdadera. También puede encontrarse, en el discurso de las fuentes, disposiciones que explícitamente se autocalifican como principios, en virtud no de una valoración del intérprete sino del legislador mismo.³⁸⁸

Corresponde ahora indicar cómo juegan en la aplicación del derecho estos “Principios Generales”, considerando los principios como razones para acción, como lo

³⁸⁶CARRIÓ, G., *Notas sobre Derecho...*, op. cit., pp. 203-212.

³⁸⁷LUZZATTI, C., *La vaghezza delle norme- Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè Ed., Milán, 1990, p. 262.

³⁸⁸GUASTINI, R., “Teoría e Dogmatica delle Fonti”, en *Tratado di Diritto Civile e Commerciale già diretto da Antonio Cicu – Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni*, t. I, vol. I, Ed. Giuffrè, Milán, 1998, pp. 288-289.

hacen a nivel de teoría general Hart y Raz, en cuanto pautas dirigidas a las autoridades normativas y, más concretamente, a los órganos jurisdiccionales entendidos en sentido amplio; esto es, aquellos a los que el propio Derecho confiere el poder normativo para resolver autoritativamente las disputas y les impone el deber de hacerlo jurídicamente, fundamentando sus resoluciones en pautas identificadas como jurídicas. Es posible tratar de distinguir los principios de las reglas. Las reglas jurídicas para la acción son razones perentorias e independientes del contenido. En la terminología de Raz, en vez de razones perentorias, “razones protegidas”, esto implica que constituyen una razón de primer orden para excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario, el órgano jurisdiccional en el sentido antes referido, sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción. En el mismo sentido, cuando se dan las condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales deben excluir en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adoptar como tal base el contenido de la regla. El carácter independiente del contenido afecta al por qué los órganos jurisdiccionales deben obedecer las reglas, es decir, a las razones por las que deben considerarlas como razones perentorias o protegidas; deben considerarlas así, en razón de su fuente, esto es, la autoridad normativa del que las ha dictado, en principio, el Poder Legislativo. Los principios explícitos son razones para la acción al igual que las reglas, pero no perentorios o protegidos. En efecto, la razón por la que deben entrar a formar parte del razonamiento justificativo de las decisiones de los órganos jurisdiccionales es la misma que en el caso de las reglas, a saber, su origen en una determinada fuente, los enunciados de las respectivas leyes de sociedades. Pero no son, sin embargo, a diferencia de las reglas, razones protegidas, porque no están destinadas a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones, otros principios, que pueden constituir razones para resolver en otro sentido, ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional.³⁸⁹

El art. 28 de la LSC española se refiere a ellos para inhibir en los contratos sociales, los enunciados que “contradigan los principios configuradores del tipo social

³⁸⁹HART, H., “Commands and Authoritative Legal Reasons”, en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon, Press, Oxford, 1982, pp. 12-13, y RAZ, J., *La autoridad del Derecho. Ensayo sobre Derecho y Moral*, traducción de Rolando Tamayo, UNAM, México, 1982, *apud* ATIENZA, M. – RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, p. 13.

elegido”, pero no se trata de principios explícitos, como ocurre por ejemplo con los Principios del Cooperativismo universal.³⁹⁰

Para el contenido de un estatuto de una sociedad anónima, el TS español, en sentencia del 10 de enero de 2011, se expidió considerando ilícita una cláusula por la que los accionistas y, en su defecto, la sociedad tendrá un derecho de rescate sobre las acciones de las que sean titulares aquellas sociedades que adquieran la condición de accionistas, en caso de que estas últimas modifiquen la composición de su censo de socios por cualquier acto inter vivos o si como consecuencia de otros negocios, la nueva sociedad no estaba controlada, al menos en dos tercios de sus derechos de voto, por personas que originariamente fuesen socias, se procuraba garantizar esa mayoría para los fundadores. Ante la negativa a la inscripción, se promovió un proceso, que transidas las instancias respectivas, fue resuelto por el TS, indicando que esta inserción de un elemento de sociedad personal que consideraba a los sujetos a la sazón los fundadores, era contradictoria con los principios configuradores de la Sociedad Anónima, por lo que reputó apropiada la calificación registral.³⁹¹

Ubicados en la teoría general, y al haber visto en la jurisprudencia un ejemplo de su funcionamiento para las sociedades, cabe señalar que no resulta de recibo trasvasar al pacto parasocial limitaciones que se infieren del Derecho de sociedades, más aún si se basan en principios inexpresos.

Descartados los “principios configuradores de los tipos societarios” como limitantes a la autonomía privada, corresponde determinar si es posible inferir de reglas legales que excluyen la posibilidad de pacto en contrario en materia de contrato social, la ilicitud del objeto de pactos sociales en sentido contrario, tal como lo sostuvo entre los clásicos, Oppo en Italia.³⁹²

³⁹⁰ Ver, *infra*, b.2.

³⁹¹ Sentencia comentada por SÁNCHEZ-CALERO GULARTE, J., “Sobre los principios configuradores de la sociedad anónima”, disponible en <http://jsanchezcalero.blogspot.com/2011/06/sobre-los-principios-configuradores-de.html>, y por MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., pp. 106-113.

³⁹² OPPO, G., *Contratti Parasociali*, op. cit., pp. 116 a 120.

iii) Abordaje desde la teoría general del contrato pero con limitaciones a la autonomía privada

En este sentido, una tercera corriente de opinión se ha estructurado en España, esta aboga por el análisis de los pactos parasociales, a la luz de las normas del derecho común para los contratos, pero con una autonomía privada morigerada.

Feliu Rey parece adherir a esta postura, que considera que los pactos parasociales solo deben examinarse en cuanto a su eficacia contractual (presupuestos, elementos, requisitos de eficacia), conforme al Derecho de las obligaciones; Sin embargo, morigera la conclusión cuando expresa: “La base argumentativa expuesta, si bien puede resultar convincente, en principio, para los pactos de relación y de atribución es ciertamente más difícil de mantener con respecto a los pactos de organización, que tienen una incidencia directa en la vida organizativa de la sociedad hasta el punto de representar una extensión en algunos casos de la regulación de la sociedad”.³⁹³ También apunta el mismo autor: “... un convincente argumento basado en la prudencia y en el más evidente sentido común sería el incorporar los límites societarios en el enjuiciamiento de los pactos parasociales y no solo ni necesariamente como un parámetro de validez, sino como una medida de eficacia. Es decir, la afirmación de que los pactos parasociales deben respetar la ley, los principios configuradores y los estatutos vendría justificada precisamente por la intención de que tales pactos puedan disfrutar de una eventual eficacia frente a la sociedad y los terceros. En este sentido, y desde esta perspectiva más ligera o atenuada, el orden societario en todas sus manifestaciones definiría la esfera extraestatutaria. Ciertamente, a diferencia de la postura de la doctrina tradicional, esta incursión de la legislación societaria en la esfera extraestatutaria no se explica en términos de límites a la validez sino de requisitos de eficacia”.³⁹⁴

Madrilejos Fernández expresa que es un tema de inoponibilidad a la sociedad y no de validez e indica que los pactos son válidos como pactos parasociales, pues contienen reglas que no son válidas de acuerdo con la legislación societaria, de allí infiere que no es posible admitir su “eficacia frente a la sociedad” pues agrega a través de estos pactos se podría vulnerar la legislación no dándoles publicidad.³⁹⁵

³⁹³FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., p. 180.

³⁹⁴Ibíd., p. 188.

³⁹⁵MADRILEJOS FERNÁNDEZ, J. M., “La inoponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, N° 53, junio de 2010, p. 301.

En esta tercera línea, que podemos calificar de autonomía privada, pero vinculada al Derecho societario, merece mención Vaquerizo, quien sostiene que además de los límites propios de la teoría general del contrato, ingresa en el terreno de lo tolerable o intolerable en materia de derecho imperativo societario y permite el análisis de la contracción con el tipo societario o forma social. Esto hace ingresar el asunto en el razonamiento por principios, al que ya referimos.³⁹⁶

Releva Pérez Ramos que para esta postura, los pactos parasociales podrán contradecir normas dispositivas del Derecho de sociedades, aunque vayan en contra de lo dicho en los estatutos sociales; por ejemplo, un pacto celebrado entre todos o algunos de los socios de una sociedad anónima en el que se estableciesen restricciones a la transmisibilidad de las acciones no previstas en los estatutos sociales, sin lugar a dudas obligaría a los firmantes. Luego se pregunta si podrán los pactos parasociales vulnerar normas imperativas del LSC o los principios configuradores del tipo, indicando que en esta posición ecléctica hay que analizar caso a caso el fundamento jurídico-societario de la norma imperativa afectada, si dicho fundamento es aplicable a las relaciones obligacionales derivadas del pacto parasocial. La consecuencia para esta postura sería que se aplicaría la norma imperativa en cuestión tanto en el ámbito societario como al creado por el pacto parasocial.

Para esta ponderación, este sector de la doctrina se detiene en la situación de los terceros, pues los terceros al contratar se dice aprecian un concreto tipo social, y en función del tipo sabe –aquí entran a convocarse los conceptos de seguridad jurídica– que si contrata con una sociedad anónima, esta responderá a una determinada estructura basada en ciertos principios que en algunos aspectos serán diferentes a los de la sociedad de responsabilidad limitada o de una sociedad colectiva. Claro que –apuntamos nosotros– esto debe tener incidencia para el tercero; si, por ejemplo, la responsabilidad es más gravosa para los socios, es indiferente para el tercero, si los accionistas son siempre los mismos, también lo es. En esa línea se argumenta que reglas imperativas del LSC tienen por finalidad la protección de los intereses de determinados sujetos, como son los acreedores sociales o los propios socios ajenos al pacto,

³⁹⁶VAQUERIZO, A., “Comentario al art. 29 LSC”, en AA.VV., Rojo, Á. – Beltrán, E. (coords.), *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011.

especialmente los minoritarios, frente al grupo de control. Entonces, desde esta posición será ilícito el objeto del pacto si se incluyen normas que vulneren las disposiciones que tienen “por finalidad proteger intereses o expectativas de terceros, y sí se podría incluir las que se limiten a relaciones entre los socios”. Allí se indica que el cumplimiento de dichos pactos afectaría a la esfera de terceros que fueron totalmente ajenos al pacto parasocial, infringiéndose por ello el principio de relatividad de los contratos (CC español, art. 1257).

Para este grupo de autores, entonces el análisis de la licitud del objeto comporta un primer pasaje por la parte general de las obligaciones y los contratos; luego un análisis que no parte de cotejar lo establecido con lo dispuesto en la ley de sociedades comerciales, sino exclusivamente con las normas imperativas de carácter societario, y dentro de estas debe razonarse por principios ponderando el fundamento de la norma imperativa, de forma de poder determinar si en el ámbito jurídico de los acuerdos parasociales se mantiene la *ratio legis* de la prohibición, llegan de esta forma a la referencia a los derechos de los terceros antes analizada y a los propios socios. Son lícitos, en cambio, los enunciados del convenio que regulen en sentido diverso a las normas imperativas vinculadas a derechos individuales del socio, derechos que no pueden ser renunciados en el marco del contrato social, pero sí admitidos clásicamente en los pactos parasociales a partir de su admisibilidad con carácter general; así, aquellas normas originadas en el pacto parasocial, referidas a limitaciones en cuanto a abandonar la calidad de accionista, o preferencias para los sindicatos para adquirirlas, procedimientos para fijar su precio, renuncia al derecho de preferencia o acuerdos para ejercer el voto según determine el sindicato.³⁹⁷

Afirman entonces que la validez de los pactos parasociales contrarios a los principios configuradores del tipo social en concreto y de las normas que tienen por objeto la protección de los acreedores no pueden admitirse, argumentándose que en la generalidad de los casos, la ejecución de tales pactos afectará forzosamente a la esfera de terceros ajenos al mismo, conculcándose la relatividad de los contratos (art. 1.257 del CC) y, lo que es más relevante, los derechos atribuidos a esos terceros por el ordenamiento jurídico-societario.³⁹⁸

Prohíja estas conclusiones Martínez Rosado, indicando que la afirmación no admite dudas en lo que a los terceros se refiere; ejemplifica señalando que un pacto

³⁹⁷ VAQUERIZO, A., “Comentario al art. 29 LSC”, *op. cit.*, p. 404.

³⁹⁸ *Ibíd.*

parasocial que admita la devolución en las aportaciones sociales a los socios en caso de disolución sin haber satisfecho previamente a los acreedores es nulo de pleno Derecho, así como también, la nulidad alcanza a los pactos que impliquen el incumplimiento de obligaciones y deberes –incluidos los fiduciarios– establecidos a cargo del socio por el ordenamiento societario o en el contrato social, pues estos deberes deben considerarse establecidos en beneficio de sujetos ajenos al pacto. Agrega que el enjuiciamiento de la validez de los pactos parasociales que contravengan una norma imperativa exige analizar cuál es el fundamento de dicha norma y se refiere a las normas que “encierran principios configuradores del tipo societario al que están adscritos los socios”.³⁹⁹

Sin embargo, debe distinguirse la situación de un tercero acreedor de la situación en que se perjudican derechos de otros accionistas. Respecto al tercero acreedor, la situación se reconduce a un supuesto de responsabilidad civil, pero no inficiona el objeto del contrato, sino que verificado el daño para el tercero y conectado con el comportamiento de los accionistas, evento dañante, los mismos podrán ser responsabilizados en función de la relación de atribución que corresponda y mediante el factor de atribución respectivo. En este tipo de situaciones, muchas veces el factor de atribución es el dolo, pues hay intención de dañar de parte de los accionistas respecto al acreedor, así si en el contrato social, el socio asume la obligación de abonar en dinero una prestación accesorio, esto es tenido en cuenta por los acreedores a la hora de valorar la solvencia de la sociedad, y luego, en virtud de un pacto parasocial, se le dispensará de realizar la prestación accesorio, hay responsabilidad de los pactantes hacia el acreedor, pero el pacto parasocial es válido.

En cambio, si el pacto perjudica a otro socio, el objeto será ilícito en tanto se aparte del contrato de sociedad en lo secundado por dichas normas imperativas, si estas normas imperativas aludieran a derechos irrenunciables en el ámbito societario, donde por ejemplo, se quiere proteger al socio minoritario frente a la mayoría que controla la sociedad. Este fundamento no incumbe a la regulación de relaciones de los socios ajenas al contrato social, por lo que aun en países sin regulación específica de oponibilidad de pactos parasociales se admite la prohibición de transmitir la condición de socio en una

³⁹⁹MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., p. 110.

sociedad anónima durante un determinado periodo, y la renuncia al derecho de preferencia.

Este contenido por el que los socios disponen de sus derechos como tales o regulan la marcha de la sociedad, o cómo ejercerán sus derechos frente a las mayorías, está hoy pacíficamente admitido y regulado en el Brasil, en el art. 118 de la Ley 6404/76, en la redacción dada por Ley 10.303, de 2001, cuando son celebrados por accionistas de sociedades anónimas, estableciéndose la obligatoriedad para la sociedad de estos y su oponibilidad a terceros, una vez cumplidos ciertos ritualismos, si refieren a la compra o venta de acciones, preferencia para adquirirlas, ejercicio del derecho de voto, o poder de control. También en Uruguay, donde el art. 331 de la LSC enuncia sin ambages para las sociedades anónimas que serán legítimos los convenios de accionistas sobre compra y venta de sus acciones, ejercicio de los derechos de preferencia y de voto o cualquier otro objeto lícito. Claro, en ambos países el debate es concebible para otros tipos sociales.

Nos sigue pareciendo preferible –como señala Paz-Ares en España– afirmar que el objeto del pacto parasocial es lícito aunque contravenga los principios configuradores del tipo contractual al que acceda, pues en el ámbito de la autonomía privada, el razonamiento debe ser el de la libertad, salvo norma de la que surja la ilicitud, y los pactos parasociales no son pasibles de ser analizados bajo las normas previstas para dicho tipo contractual.⁴⁰⁰

Si el pacto parasocial conforma un contrato plurilateral asociativo de organización, como en su variante convenio de sindicación, el objeto será ilícito, solo cuando el mismo es contrario a la ley, a las buenas costumbres o al orden público. Analizaremos estas situaciones de ilicitud en el numeral siguiente. Con todo, dentro de la incidencia de la conexidad con el contrato social debe analizarse la situación de ilicitud derivada de la incompatibilidad con el interés social o del interés social como límite para la autonomía privada en razón de la conexidad del pacto parasocial con el contrato de sociedad.

En el ámbito de los pactos parasociales, a la luz tanto del Derecho español como del argentino, uruguayo o brasileño, el criterio debe ser el siguiente: si en el Derecho positivo existieran normas que limiten la autonomía privada, que retiren poder normativo negocial para dar cierto contenido a los acuerdos entre los socios, allí

⁴⁰⁰PAZ-ARES, C., “El Enforcement...”, *op. cit.*, n. 3.

ingresamos en un supuesto de pacto inexistente; si existen normas que establezcan la nulidad de ciertos pactos, allí estamos en un caso de ilicitud del objeto. En lo demás campea la autonomía privada tal como fue concebida por los clásicos en los códigos decimonónicos, no resulta de recibo adicionar los principios configuradores del tipo societario, al ámbito parasocietario. En el Derecho brasileño funciona además la función social del contrato, según se verá al analizar el elemento estructural causa.

Estos principios generales no dicen relación con los pactos parasociales, sus límites surgen, exclusivamente, de las normas generales de los contratos y de las limitaciones resultantes de la conexidad con el contrato social.

iv) Criterio de la autonomía privada clásica - incidencia de la conexidad contractual

Desde el criterio de amplia autonomía privada, pero en el marco de una conexidad contractual, debe analizarse la inserción de cláusulas que son expresamente indicadas como nulas para el tipo contractual principal, denominadas cláusulas leoninas, que no son admisibles desde ese lugar.⁴⁰¹

En Uruguay, la LS en su art. 25 dispone que son nulas las estipulaciones que dispongan que alguno o algunos de los socios reciban todas las ganancias o se les excluya de ellas o sean liberados de contribuir a las pérdidas o que su participación en las ganancias o en las pérdidas sea claramente desproporcionada en relación con sus aportes o prestaciones accesorias. Las que aseguren a alguno o algunos de los socios la restitución íntegra de sus aportes o con un premio designado o con sus frutos o con una cantidad adicional, cualquiera sea su naturaleza, haya o no haya ganancias. Las que aseguren al socio su capital o las ganancias eventuales; las que prevean que en caso de rescisión o disolución de la sociedad no se liquide la parte de alguno o algunos de los socios en las ganancias o en el patrimonio social y finalmente, las que permitan la

⁴⁰¹ La expresión leonina tiene su origen en la siguiente fábula de Esopo: “Una vaca, una cabra y una sufriendo oveja coincidieron con un león en el bosque, y habiendo cogido entre todos un ciervo, luego de hechas las partijas, el león habla así: yo me tomo la primera y más grande para mí, porque soy el león. Me daréis la segunda, porque nadie es tan valiente como yo. La tercera se vendrá rodada, porque soy el que más puedo. Y si alguno intentase tocar la cuarta, lo pasaría mal. Así la violencia se alzó con la muestra. *Nunca es fiel la compañía del poderoso*” (el destaque en cursivas es nuestro). Disponible en <https://www.tribunasalamanca.com/blogs/curiosidades-y-anecdotas-de-la-historia/posts/las-fabulas>

determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro u otros que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva. Este núcleo duro se mantiene en ese sistema jurídico aun en el caso de la sociedad de capital e industria, donde solo se morigera para el socio industrial, estableciéndose que quienes aporten exclusivamente su industria responderán hasta la concurrencia de las ganancias no percibidas. Esto no comporta la nulidad del contrato social, salvo que se dé adicionalmente algún otro supuesto que la genere, sino solo en la literalidad de superficie al menos de las cláusulas.

La LGS argentina establece en su art. 13 que son nulas las cláusulas que establezcan que alguno o algunos de los socios reciban todos los beneficios o se les excluya de ellos, o que sean liberados de contribuir a las pérdidas; que al socio o socios capitalistas se les restituyan los aportes con un premio designado o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias; que aseguren al socio su capital o las ganancias eventuales; que la totalidad de las ganancias, aun en las prestaciones a la sociedad, pertenezcan al socio o socios sobrevivientes; que permitan la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva.⁴⁰²

Ya en una antigua sentencia de la jurisprudencia argentina, la Sala “C” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sostuvo que: *“... Eliminar la incidencia de los gastos de explotación en los resultados para el socio capitalista, excluyéndolo de las pérdidas, se encuentra reñido con la affectio societatis y la regla áurea del contrato de sociedad que descansa en la participación de los beneficios y la consiguiente contribución en las pérdidas de los socios en la proporción fijada en el contrato, más sin que pueda admitirse que cualquiera de ellos esté exento de soportar los quebrantos de la actividad comercial. Idéntico razonamiento cabe aplicar respecto de la cláusula que asegura una retribución fija en moneda constante al socio capitalista, sin atender la existencia o ausencia de utilidades, por cuanto esa convención elimina el riesgo que supone toda sociedad y destruye la igualdad jurídica de los socios”*.⁴⁰³ Se aprecia la similitud de textos entre ambos órdenes jurídicos.

⁴⁰² MUGUILLO, R., *Ley de Sociedades Comerciales*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 39.

⁴⁰³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo comercial, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala C, Sentencia 14 de marzo de 1989, magistrados: Caviglione Fraga, Di Tella, Quinana Teran, disponible en <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-comercial-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-beatriz-hilbert-eduardo-romero-ordinario-fa89130114-1989-03-14/123456789-411-0319-8ots-eupmocsollaf?>

En el Derecho español, el asunto se ha analizado a partir de la prohibición contenida en el art. 1665 del Código Civil.

En clásico estudio, Díez-Picazo indicaba que si se atiende al tenor literal del primer párrafo del precepto comentado, no habría lugar a tratar diferenciadamente los pactos relativos a la exclusión de las ganancias y los relativos a exoneración de las pérdidas, pues se encuentran prohibidos. Aunque luego el civilista en cita profundiza en la diferencia de tratamiento entre los unos y los otros, sobre la base de lo que indica el segundo párrafo, que prevé una excepción a la nulidad del pacto de exoneración de pérdidas. Entonces, los pactos de exclusión de ganancias se encuentran absolutamente prohibidos, pero sobre la base de esa excepción analiza ambos por separado, agregándose en ese sentido que ya Jean Domat y Robert Pothier los admitían. De allí agrega el civilista español que mientras la participación en ganancias es esencial al tipo contractual de la sociedad, no ocurre lo mismo para la participación en pérdidas. De esta forma, indica el privatista español respecto a la falta de participación en las ganancias, se tipifica la causa del contrato de sociedad, si se sale de allí para el mismo, hay nulidad, aunque puede ingresarse en un supuesto de simulación relativa, siendo el negocio disimulado, una donación o préstamo gratuito, o prestación gratuita de servicios, aunque las consecuencias de un supuesto como el descrito difícilmente pueden generalizarse, el contrato de sociedad es nulo simulado, sin perjuicio de que se apliquen los criterios generales acerca de la simulación (relativa en este caso) y conversión del negocio jurídico. A su vez, en ese sistema es predicable para el privatista español, del que excluye de *toda parte* en las ganancias a algún socio, pero no precisamente de cualquier pacto que condicione o someta a límites la participación de alguno o algunos, lo que ya era analizado por los exegetas. La prohibición entonces se circunscribe a los que implican total exclusión, aunque indica que los pactos limitativos de la participación en ganancias deben someterse a criterios acerca de la admisibilidad de los pactos que implican o pueden suponer desproporción en el tratamiento de los socios, en relación con el esfuerzo asumido por cada uno en la contribución correspondiente al negocio social.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴DÍEZ-PICAZO, L., “Los pactos leoninos en el contrato de sociedad”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Federico de Castro*, t. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, pp. 561-589.

Esta solución se halla consagrada a texto expreso en el sistema uruguayo cuando se indica “que su participación en las ganancias o en las pérdidas sea claramente desproporcionada con relación a sus aportes o prestaciones accesorias”, pero no así en el argentino.

Cabanellas analiza cada una de las limitaciones en la ley argentina, y las mismas resultan relativizadas. En efecto, respecto a la participación en las ganancias indica que esa previsión es incompatible con la figura del socio. *A priori* son posibles dos soluciones, entender que quien es calificado contractualmente como socio no es tal, encuadrando la figura en el tipo contractual que corresponda, o declarar nula la cláusula, solución que adoptan los tres sistemas que venimos analizando. Sin embargo, si existen elementos adicionales, *v. g.*, no participa en la dirección y control social, existen elementos jurisprudenciales en la Argentina que abren la posibilidad de que quien aparentemente es socio sea encuadrado en una figura contractual más acorde con sus relaciones, con los que sí lo son, solución a la que arriba también Díez-Picazo, aunque por otro carril. Por otro lado, como enseña el tratadista hispano, al enunciado se le debe asignar significado no sobre la base de criterios formales, sino buscando evitar cláusulas que, aunque dando participación aparente a los socios en las ganancias, hagan que tal participación sea irrisoria. Solución, como vimos, consagrada a texto expreso en el sistema uruguayo y a la que también arriba Díez-Picazo para el sistema español. Agrega el tratadista argentino que esta determinación implica una evaluación profunda de las circunstancias económicas del contrato.⁴⁰⁵

Comporta entonces, en caso de previsión en un pacto parasocial, un análisis del contrato social y del pacto parasocial vinculado, que prevé las particularidades en la distribución de las ganancias. En función de la conexidad señalada, los pactos relativos a la determinación de la parte en ganancias de los socios tienen como límite el que pueda precisarse en el caso del concepto jurídico indeterminado de “desproporción”. Quedan así vedados los que al decir de Díez-Picazo conduzcan a un resultado sustancialmente inicuo y como señala Cabanellas para en su análisis del contenido del propio contrato social, analizarse las circunstancias económicas de la operación considerando ambos contratos.

En el Derecho español, el pacto que implica una exoneración total de pérdidas para alguno de los socios se encuentra también prohibido por el primer párrafo

⁴⁰⁵CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 2 – *El contrato social*, 1ª ed., Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1994, pp. 710-711.

del precepto examinado. Aunque en el segundo párrafo se autoriza el de exoneración de “responsabilidad” (como literalmente dice) en el solo caso del socio industrial. Díez-Picazo ha señalado que bajo el sistema español los pactos de exoneración de pérdidas no hacen salir a la sociedad del tipo contractual de por sí, como ocurre con los de exclusión de ganancias. Sin embargo, la licitud de los mismos debe ser decidida so pretexto de causa que la justifique, dichas consideraciones aplican, a mi juicio, al Derecho argentino. De esta forma, en línea con lo que señala el profesor español, serán nulos los pactos parasociales que eximan de asumir pérdidas sin contraprestación alguna de parte de aquel que no debe asumirlas. Esto no permite concluir tampoco que la nulidad estará comportada por cualquier desequilibrio, más aún apuntado al núcleo duro de sistemas como el español, que en general no admite a la lesión como vicio del consentimiento.⁴⁰⁶

Mientras, el Derecho uruguayo, subjetivista en materia de equivalencia de las prestaciones y que no admite la lesión como vicio del consentimiento en materia contractual,⁴⁰⁷ a la situación de exoneración en las pérdidas aplica, en cambio, el criterio objetivo en la valuación de lo pactado, en tanto la nulidad del contrato social se verifica cuando la participación del socio en las pérdidas sea claramente desproporcionada en relación con sus aportes o prestaciones accesorias.

Si en el pacto parasocial entonces se previera un supuesto que calificara como pacto leonino, en función de la conexidad el resultado será la ilicitud del pacto parasocial, pero no del contrato social. Se trata en principio de un caso de conexidad univoca, lo principal tiene incidencia en lo accesorio, pero lo accesorio de regla no lo tiene en lo principal.

Este tipo de enunciados que excluyen los pactos denominados leoninos se repiten, aunque con variantes en los sistemas del *civil law*. Así, el art. 2265 del *Codice italiano* edicta: “*È nullo il patto con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione a gli utili o alle perdite*”. Bajo esta normativa, la Corte de Apelación de Milán sostuvo que configura una hipótesis no admisible por desnaturalizar la función del contrato de sociedad, cualquiera fuera el subtipo, esto es, el ejercicio en común de una actividad económica con el fin de repartirse las

⁴⁰⁶DÍEZ-PICAZO, L., “Los pactos leoninos...”, *op. cit.*

⁴⁰⁷*In extenso* sobre este asunto, GAMARRA, J., *Imprevisión y Equivalencia contractual: Código Civil o Torre de Babel*, Ed. FCU, Montevideo, 2010, 86 pp.

utilidades y simétricamente las pérdidas, y una elusión de la prohibición de pacto leonino, la adopción de un mecanismo contractual que exonere a un socio de la participación en las pérdidas. En efecto, indica la Corte lombarda, citando una sentencia de la Corte de Casación italiana, que la causa del contrato de sociedad descrita en el art. 2247 del CC italiano requiere la aportación *“di beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili e, simmetricamente, le perdite”*. Por tanto, con esa finalidad y en ese modelo causal, los socios no pueden pactar modificaciones idóneas para desnaturalizar la función de dicho contrato asociativo.⁴⁰⁸

También en relación con el concepto de participar en las ganancias y en las pérdidas, son calificadas de cláusulas leoninas las que aseguren a alguno o algunos de los socios la restitución íntegra de sus aportes o con un premio designado o con sus frutos o con una cantidad adicional, cualquiera sea su naturaleza, haya o no haya ganancias. En una perspectiva, si se asegura siempre la restitución de los aportes con un premio o con una cantidad adicional haya o no ganancias, en este caso no existe contrato de sociedad, sino mutuo, conclusión a la que se arriba si se considera la incidencia de lo edictado en el pacto parasocial que prevea esto, incidencia en este caso de lo accesorio en lo principal o consideración de los negocios en conjunto. Pero en el Derecho argentino y en el uruguayo, en vez de dejar abierta la situación a una cuestión de tipicidad contractual, la solución es la nulidad de la cláusula que lo prevea en el contrato principal y en función de la conexidad en el accesorio pacto parasocial. Al declarar la nulidad si las cláusulas se insertan en el contrato social, se abre en esos sistemas jurídicos la interpretación en cuanto a si se aplican las normas legales supletorias o si otro es el criterio, analizando el conjunto de vínculos el eventual sistema contractual que relaciona al socio con la sociedad para determinar si se trata de un socio y la cláusula es nula o la vinculación es otra.⁴⁰⁹ En cambio, si la cláusula se inserta en el pacto parasocial, las reglas que se aplicarán son las contenidas en el contrato social, el cual deviene aplicable en lugar de lo edictado en el pacto parasocial.

Respecto de las cláusulas que aseguran al socio el capital o ganancias eventuales, tienen un efecto similar a las que lo liberan de contribuir en las pérdidas. Lo mismo ocurre entre las que aseguran ganancias y las que prevén el pago en frutos o

⁴⁰⁸ Corte d'appello di Milano, Sezionespecializzatadell'impresa N. R.G. 5727/2017, Sentencia del 13 de febrero de 2020, citando sentencia de Casación del Cas. n 10583/2018, disponible en www.ilcaso.it

⁴⁰⁹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 2 – *El contrato social*, op. cit., p. 714.

cantidades adicionales, independientemente de que existan o no ganancias. Pero esta afirmación debe ser precisada al ingresar a los supuestos concretos, más aún en caso de pactos parasociales. Para el propio contrato social el asunto se ha debatido extensamente en la Argentina, en particular en situación en que las garantías están dadas por un tercero, lo que no parece ilegítimo si se establece en un pacto parasocial. En cuanto a la contratación de un seguro, la doctrina argentina se muestra contraria si la prima es abonada por la sociedad, pero no existe óbice alguno a que el socio la contrate.⁴¹⁰

En el Derecho brasileño, para las sociedades simples, el art. 1007 del Código Civil establece que salvo estipulación en contrario, el socio participa de las ganancias y de las pérdidas en la proporción de las respectivas cuotas, pero aquel cuya contribución consiste en servicios, solamente participa de las ganancias en la proporción de la medida del valor de las cuotas de que es titular.

Admite la posibilidad de establecer un criterio de distribución de ganancias y pérdidas diverso de la porción en el capital de cada socio, en el propio contrato social; pero prevé la nulidad de la cláusula que excluya a cualquier socio de participar en las ganancias y en las pérdidas en su art. 1008. Resulta aplicable el análisis efectuado para el caso de exclusión total para los sistemas argentino, español y uruguayo. Para el tipo social sociedades limitadas, el CC brasileño contiene una norma de remisión que hace aplicables en lo no previsto expresamente las normas de las sociedades simples, resultando aplicable lo que viene de señalarse (art. 1053), también aplica la nulidad de una cláusula que excluya a un accionista de una sociedad anónima de las ganancias o pérdidas por la remisión contenida en el art. 1089 del mismo código. En Brasil, también se ha planteado el debate sobre el carácter leonino de los pactos parasociales referidos a acuerdos relacionados con la compraventa de acciones que permiten la salida de los socios, en ciertas circunstancias.

Parte de la doctrina brasileña ha sostenido respecto a los pactos parasociales que regulan la salida de la sociedad sin considerar la disminución patrimonial de aquella como pactos leoninos, por excluir al socio de la participación en las pérdidas, argumentándose, en similar sentido a la dogmática europea e hispanoamericana, que mantener al accionista vendedor indemne respecto a la disminución patrimonial,

⁴¹⁰ *Ibíd.*, pp. 716-720.

decurrente de la actividad social, es incompatible con el tipo contractual en tanto se lo exonera de la pérdida, lo que queda en evidencia aún más si se le aseguran intereses respecto al valor invertido, por considerar que violan la prohibición de pacto leonino.⁴¹¹

Otro sector ha argumentado que en ausencia de una limitación a la autonomía privada al respecto –como ocurre en el Derecho argentino o uruguayo, con los alcances ya precisados–, no es posible inferir esa prohibición de una regulación que tiene que ver con el régimen de distribución de ganancias y pérdidas mientras se es titular de la calidad de socio. Las partes sociales o acciones son bienes de titularidad de los socios y el negocio es celebrado entre ellos, no se relaciona con la prohibición de pacto leonino, que lo que regula es la relación de los socios con la sociedad y no la de los socios o accionistas, sujetos de derecho que pueden pactar el precio que entiendan apropiado dentro de los límites generales del derecho privado. En un caso el legislador regula la causa –o el objeto– del contrato de sociedad, en el otro se ingresa en el *do ut des* del contrato de compraventa o cualquier contrato de cambio que se pacte, asunto absolutamente ajeno al contrato social, destacándose además que en el caso no puede invocarse, para limitar la autonomía privada, supuesto perjuicio a terceros.⁴¹² El autor paulista Comparato, en 1981, relacionaba el asunto con la conexidad contractual para rechazar la posibilidad de estos pactos. Indicaba que no puede verse el contrato de compraventa de acciones de forma aislada, desde la perspectiva de la causa de un contrato de cambio, sino en el marco de la relación plurilateral inserta en ese contexto, priorizando el interés común.⁴¹³ Algunos autores brasileños subsumen la situación en un mutuo y plantean que se trata de un acreedor disfrazado de socio.⁴¹⁴

⁴¹¹HUCK, H. M., “Pactos societarios leoninos”, *Revista dos Tribunais*, vol. 88, Nº 760, San Pablo, feb. 1999, p. 66; CONTI CRAVEIRO, M., “Pactos Parassociais Patrimoniais...”, *op. cit.*, p. 182.

⁴¹²PAES DE BARROS LEAES, L.G., “Pactos parassociais, Natureza jurídica, Execução específica, Opção de recompra de participação acionária e inexistência de infringência dos arts. 288 do Código Comercial e 1372 do CC por não configurar pacto leonino”, en *Revista dos Tribunais*, t. 601, San Pablo, Año 1985, pp. 41-49.

⁴¹³KONDER COMPARATO, F., “Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera”, en *Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Ed. Forense, Rio, 1981, p. 50. Más recientemente se pronuncia en este sentido Conti Craveiro. La autora paulista sostiene: “... a causa societária deve ser verificada não apenas no contrato de sociedade, mas em tudo o que os sócios pactuam em função e por conta do relacionamento societário entre eles existente. Ou seja, também os acordos de compra e venda de ações, conquanto relativos a bens de sua propriedade particular, estão inseridos no âmbito daquela relação societária”. CONTI CRAVEIRO, M., “Pactos Parassociais Patrimoniais...”, *op. cit.*, p. 182.

⁴¹⁴LEITE SANTOS, M., *Contratos parassociais e acordos de voto nas sociedades anônimas*, Ed. Cosmos, Lisboa, 1996, pp. 75-77, en especial, nota 163, *apud* CONTI CRAVEIRO, M., *op. cit.*, p. 182, n. 444. Esta conclusión, trasvasada a sistemas causalistas de *numerus clausus* en las garantías reales, puede comportar una consecuencia gravísima en tanto defecciona en la causa; se trata de la utilización de un contrato de compraventa con función de garantía. AL respecto, MOLLA, R., “Compraventa con fines de garantía”, en *ADCU*, t. XXVIII, FCU, 1997, p. 625.

El punto se ha analizado de larga data y extensamente en la doctrina italiana, donde solo existe prohibición de excluir de las ganancias o pérdidas a un socio sin regular los otros supuestos. El art. 2265 del CC italiano, que en la actualidad se entiende pacíficamente aplicable a las sociedades de capital, establece que “*È nullo il patto con il quale uno o più so ci sono esclusi da ogni partecipazione a gli utili o alle perdite*”.⁴¹⁵

La Suprema Corte de Casación italiana⁴¹⁶ tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el asunto, casando una sentencia de la Corte de Apelación de Milán, la cual a su vez había confirmado una decisión de un tribunal de la misma ciudad, que había declarado nulo un pacto parasocial por eludir la prohibición de pacto leonino contenida en el art. 2265 del CC italiano. La corte local había concluido en la nulidad del pacto parasocial, que preveía una cláusula socialmente típica, la denominada con el anglicismo “put option”, que garantizaba al saliente el precio de adquisición, más intereses y otros incrementos patrimoniales. De esta forma se pactaba la exclusión absoluta y constante de la participación en las ganancias y pérdidas. Sin embargo, la casación indica que el esquema causal de la operación comprensiva no encarta en los supuestos previstos en el pacto leonino. En efecto, en el negocio, el socio asume todos los derechos y las obligaciones de su calidad de tal, centrándose el mecanismo en el

⁴¹⁵GRECO, P., *Garanzie di utili e retribuzioni di apporti nel contratto di società*, 1932; GASPERONI, N., “Convenzione di esonero dalle perdite e titoliazionari”, *Dir. Priv. Patrimoniale Comm*, 1940, p. 169; GUBLIELMUCCI, L., “Lo smobilizzo delle partecipazioni nei patti parasociali delle finanziari e regionali private”, en *Rivista delle Società*, 1980, p. 1196; PIAZZA, G., “La causa mista credito-società”, en *Contratti e Imprese*, 1987, p. 803; SBISÀ, G., “Circolazione delle azioni e patto leonino”, en *Contratti e Imprese*, 1987, p. 825; CIAFFI, A., “Finanziaria regionale e patto leonino”, in *Giur. Comm.*, 1995, II, p. 489; MINERVINI, G., “Partecipazioni a scopo di finanziamento e patto leonino”, in *Contr. e imp.*, 1988, p. 776; BATTI, D., “Il patto leonino nell’ambito delle partecipazioni a scopo di finanziamento”, *Le società*, 1995, p. 184; RORDORF, “Azioni e quote di società postergate nella partecipazione alle perdite”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1995, p. 87; PIAZZA, N., “Patto leonino”, en *Enciclopedia Diritto*, Milan, 1982, XXXII, p. 527; SANTAGATA, R., “Dai patti di retrocessione a prezzo garantito alle azioni ‘redimibili’ (una rilettura del divieto del patto leonino nella S.p.A. riformata)”, en *Società, banche e crisi d’impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, t. 1, M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi (dirs.), Milán, 2014, p. 611; PALOMBA, C., *Opzione put e patto parasociale leonino: profili ermeneutici*, in *Soc.*, 2015, 11, 1009; NIGRO, G. L., *Sub art. 2265 cod. civ.*, in AA. VV., *Commentario del codice civile, Delle società dell’azienda della concorrenza*, E. Gabrielli (dir.), edición a cargo de D.U. Santosuosso, 2015, pp. 232-233, *apud* COSSU, E., *Opzione Put e Patto Leonino*, disponible en <https://www.diritto bancario.it/giurisprudenza/societa/opzione-put-e-patto-leonino>, y DEL GIUDICE, G. y BOCIA, E., “I patti parasociali: inquadramento normativo, il divieto di patto leonino e le opzioni put”, disponible en http://www.deiustitia.it/cms/cms_files/20170112041201_qaqf.pdf, ambos consultados el 1 de enero de 2020.

⁴¹⁶ Corte Suprema de Casación, Primera sección Civil, sentencia N° 17498 del 10 de mayo de 2018.

plano de la circulación de las acciones más que en la repartición de ganancias y pérdidas. Por ello no se centra en la causa del contrato de sociedad, que se mantiene enhiesta, sino en el financiamiento de forma participativa, el que asume una modalidad atípica elegida por el financiado sobre la base de la ventaja o provecho recíproco. Termina tipificando el pacto parasocial como un contrato sinalagmático, que implica la participación en la empresa con la remuneración y el uso de una garantía del desembolso, mediante el control de la vida social y la posibilidad de dimisión atribuida al socio minoritario. La contraprestación refiere a la obtención de un financiamiento en condiciones más favorables, ante la asunción del riesgo por el financiador, y a tasas de regla inferiores a las del sistema bancario o aun en supuestos en que no podría accederse a dicho financiamiento, sin necesidad de gravar el patrimonio social con la garantía general de los bienes o con garantías reales. De modo que se asume la licitud del pacto parasocial celebrado entre accionistas, a través del cual, para el financiamiento participativo, uno se obliga a indemnizar al otro de las eventuales consecuencias negativas de la transferencia de dinero realizada a la sociedad, mediante la atribución del derecho de venta y correspondiente obligación de compra, dentro de un plazo, a un precio predeterminado, igual al de la compra, aunque con el agregado de intereses sobre el monto adeudado y la devolución de los pagos pendientes a favor de la empresa.

En el Derecho argentino y uruguayo son sindicadas de leoninas, respectivamente, para el contrato social, las cláusulas que permitan la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva; en el Uruguay se indica por otro “u otros” socios.

Esto, si se admite que estas cláusulas funcionan como limitantes a lo que puede establecerse en el pacto parasocial, lleva a su vez a analizar el concepto de “valor real”, que dependerá necesariamente de las concretas vicisitudes del caso. Nada impide que se pacten precios con referencia a cifras de negocios, arbitraje, sumas preestablecidas, remisión al último balance, el valor patrimonial, pero también deben tenerse en cuenta otras variables como la posición negociadora de las partes y la existencia de circunstancias imprevistas, de las que por cualquier mecanismo razonable, incluyendo entre otros, sumas fijas actualizadas, las partes hayan elegido. Si se entiende que por evidente desproporción la cláusula es nula, esto no habilita a modificar de oficio el precio, sino que comporta la nulidad de la cláusula, lisa y llanamente. A su vez, la nulidad debe analizarse en el momento de la celebración del negocio, se trata de un

elemento estructural y no puede considerar las variaciones acaecidas; Sin embargo, los enunciados del Derecho argentino y uruguayo hacen que la ponderación deba realizarse al momento de hacerse efectiva, por lo que algo que es válido podría devenir nulo, lo que no es admisible a nivel de teoría general. A mi juicio, solo serán nulas bajo estos sistemas jurídicos las cláusulas que ostensiblemente prevean, de forma que pueda apreciarse al momento de la celebración del pacto, normas que hagan evidente *ab initio*, la desproporción entre el valor real y el previsto en el pacto parasocial.

Esta previsión se vincula con la cláusula denominada de “ruleta rusa”. Feliu Rey la describe como aquella que se prevé cuando hay una situación entre los socios, que ha llegado a tornarse insostenible y ambos tienen un nivel de incidencia y de fortaleza similar; esto incumbe a dos partes que pueden estar compuestas por uno o más socios cada una. El procedimiento implica que una de las partes comunica a la otra que le vende sus acciones o compra las del otro grupo al precio que esta determine, de esta forma el receptor de la voluntad acepta una u otra oferta. No escapa al ordinario entendimiento el riesgo que comporta este tipo de previsión. En particular, como destaca el doctrinario en cita, para el emprendedor o socio sin recursos frente a un socio inversor poderoso, el riesgo económico se concreta en que si el precio es alto, y es el emprendedor quien acciona el mecanismo, el inversor puede indicar que prefiere vender las suyas; si el precio es bajo, el poderoso compra y el otro habrá malvendido sus acciones. Adicionalmente, es usual la inserción de prohibiciones de competencia por cierto lapso, de esta forma si es el que tuvo la idea o el que desarrolló el proyecto, el emprendedor estará vendiendo a un precio bajo y no tendrá la posibilidad de seguir su actividad compitiendo.⁴¹⁷

⁴¹⁷FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., p. 246. Llamada por el profesor de la Universidad de Valencia Tomás Vázquez Lépinette en *La protección de las minorías societarias frente a la opresión, Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, 2007, p. 47, “cláusula mallorquina”, el nombre se asocia a la particular realidad normativa de las baleares en el medioevo. La cláusula en su origen romano implicaba que para la partición de una cosa común, un socio fija el precio y el otro elige si se queda el bien y paga su parte al socio que se marcha, o si recibe su parte del otro que se queda con la cosa. Señala Antonio Planas Rosselló que al momento de la reconquista: “La influencia del derecho romano se advierte con carácter inmediato a la conquista. La copiosa documentación notarial conservada en la isla revela que desde la década de 1230, abundó en la práctica contractual un amplio conjunto de renunciaciones a determinados beneficios instituidos por las leyes romanas, como los del senado consulto Velejano, el *Ius Hypotecarum*, *laexceptiodoli*, *laexceptio non numerata e pecuniae*, *laexceptio pecuniae non recepte*, la acción rescisoria derivada de la ley *qui subvenitdeceptis ultra dimidiampiustipretii o duplicisdeceptionis*, el beneficio de excusión –llamado *Novaeconstitutionis o dividendaeactionis*–, etc.En

La jurisprudencia italiana al analizar este tipo de cláusulas en pactos parasociales⁴¹⁸ señalaba que la cláusula de la ruleta rusa es un negocio legislativamente atípico, cuyo esquema, frecuentemente utilizado, se centra en el mecanismo siguiente: en presencia de un conflicto o estado de relacionamiento que no admite solución, a uno de los socios le es conferida la facultad de remitir al otro el valor que le atribuye a las partes sociales o acciones representativas de la totalidad del capital social y luego, porcentualmente, el precio al cual está dispuesto a adquirirlas. El socio receptor puede aceptar la oferta o vender al precio así determinado, o adquirir la participación del otro considerando el precio así fijado. La cláusula no prevé los criterios para fijar el precio en la iniciativa de venta. Desde una perspectiva, la propuesta por los actores en la sentencia que comentamos, la cláusula sería nula, incluso de no aceptarse la limitación a la autonomía privada originada en la conexidad con el contrato social, sino sobre la base de la teoría general del contrato, en tanto dejaría al arbitrio de uno de los contrayentes, exonerada de justificación razonable alguna, la valuación de la participación social, lo que solo sería admisible si operara sobre la base de criterios objetivos, verificables. Más aún, si se analiza en el plano del Derecho societario, pues las normas imperativas prevén una equitativa valuación de la parte social, en términos del Derecho rioplatense resultaría desproporcionada al valor real.

Sin embargo, como señala el tribunal, si la cláusula tiene la finalidad de resolver situaciones de imposibilidad de funcionamiento de paralización societaria, cuando los socios tienen una participación paritaria en la totalidad del capital, u otros porcentajes paritarios que hacen que una minoría tenga casi un derecho de veto, la cláusula sería válida. Determinada la incapacidad de tomar decisiones en la asamblea o el directorio, la parálisis comporta una causal de disolución o de intervención de la sociedad; esto es, cuando se genera un conflicto insubsanable entre los socios, que conduce a la disolución de la sociedad, con lo que ello genera para la unidad productiva, se justifica la búsqueda por parte de los socios de soluciones tendientes al desbloqueo.

todo caso, las renunciaciones ponen de manifiesto que las partes contractuales procuraban sustraerse a la regulación romana, ante la posibilidad de que fuese aplicada por los jueces como derecho vigente. Por tanto, suponen una manifestación por vía negativa de la recepción del *Ius Commune* en cuanto que pretenden afirmar la voluntad de las partes frente a un derecho objetivo que podía coartarla”. Vid. PLANAS ROSSELLÓ, Antonio, “La recepción del *ius commune* en el Reino de Mallorca”, en *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, Nº 13, 2016, Institute for Social, Political and Legal Studies (Valencia, Spain), Honorary Chief Editor Antonio Pérez Martín, University of Murcia, Chief Editor Aniceto Masferrer, University of Valencia, p. 564, disponible en <http://www.glossae.eu/wp-content/uploads/2016/11/Planas-Ius-commune-Mallorca.pdf>

⁴¹⁸ Tribunal de Roma, sección especializada en materia de empresa, Tercera Sección Civil, acuerdo del 13 de junio de 2017, Sentencia Nº 19708/2017.

Esta finalidad, la prescripción de mecanismos tendientes a resolverla, como la cláusula de marras, no ameritan reproche de ilicitud de la conducta preceptuada, en cuanto por un lado salvaguardan la unidad productiva y por otro evitan los costos y daños naturales que comportaría la liquidación de la sociedad. La cláusula de la ruleta rusa desarrolla la función de resolver el estancamiento mediante una reasignación de las participaciones dentro de la estructura accionarial, dejando a una parte la facultad de determinar el precio y a la otra la de elegir entre la venta o compra de las acciones. Entonces, la situación que podría plantearse en su caso, es la situación de abuso de derecho de quien fija el precio, pero esto no ambienta declarar *ex ante* la nulidad del pacto, sin observar en concreto la posible situación de abuso de cualquiera de los otorgantes. En ese sentido, justamente, la circunstancia de que el llamado a determinar el precio opere a ciegas, sin conocer la conducta que asumirá el otro, esto es, ceder su participación o comprar la del que realizó la oferta, reestablece el equilibrio que lleva a la prudencia en el ejercicio del derecho, pues se asume el riesgo de perder las propias partes sociales o acciones. Entonces no hay nulidad de la cláusula por objeto ilícito en tanto se deja al arbitrio de uno solo de los contrayentes el contenido del contrato, aunque haya ausencia de criterios para la estimación del precio sobre la base de parámetros predeterminados, aunque la fijación la haga una sola de las partes, en tanto la circunstancia que la cláusula asigne al sujeto requerido de pronunciarse, la facultad de adquirir las partes sociales o acciones del otro o vender a ese precio las propias, excluye que sea el que acciona el mecanismo quien determine lo que debe hacerse, sino que se produce a través de sendas manifestaciones de voluntad y justamente es el requerido el que define lo que ocurrirá, lo que garantiza que en caso de subvaluación pueda elegir adquirir la participación de quien inicia el mecanismo y en caso de sobrevaluación decida venderla, constituyendo el ejercicio de tal facultad una situación de derecho potestativo, pues la otra parte debe estar a lo que este decida.

v) *El interés social*

En la actuación del sindicato se van adoptando resoluciones, algunas pueden ser contrarias al “interés social”. En este numeral se analiza este asunto.

La situación en sede de objeto se resume a determinar si es ilícito el mismo por vulnerar “el interés social”. Tal como se señaló al estudiar los pactos omnilaterales, el “interés social” constituye un concepto jurídico indeterminado, de contenido axiológico, que, al menos teóricamente, fijará los límites del posible contenido del pacto parasocial. De esta forma puede dilucidarse el asunto, siempre, claro está, que el interés social se viera afectado.

Si se entiende que lo normado en el pacto verifica un hecho ilícito por apartarse del “interés social”, de generarse daños, por ejemplo como consecuencia de la ejecución de lo pactado, adquiere el negocio una doble relevancia como negocio y como hecho. Esto se percibe con nitidez en otros casos; así, es clásico analizar a la sentencia que para ciertos efectos funciona como simple presupuesto de hecho. La ley, además de la función de conferir a los particulares competencia normativa a fin de autorregular sus intereses, establecer sus límites y crear un estatuto supletorio respecto de negocios por estos celebrados, puede conectar otros efectos.⁴¹⁹

La situación se presenta exclusivamente cuando del objeto del pacto, entendido como norma jurídica, surge preceptuado un comportamiento que contraría el “interés social”. No está claro cuando en el marco, por ejemplo, de un convenio de sindicación de accionistas para el voto, que es válido y eficaz en la reunión del sindicato, se dispone votar en un sentido que repugne al “interés social”, en nada va a incidir el desarrollo del comportamiento prescrito en la validez o eficacia de un negocio que será válido si dándose los presupuestos, se reúnen los elementos del mismo, una cuestión interesante se suscita en ese caso, cuando el accionista invoca que incumplió, pero votó conforme al interés social, lo que se analizará en la etapa de cumplimiento de las obligaciones.

La labor del juez se circunscribe a precisar el interés social, esa valoración determinará su premisa. Luego de verificada que fuere la diferencia entre lo pactado, con incidencia en la sociedad, contra el interés social, determinará la nulidad del pacto. La solución, pues, no es creada por el juez, este se limitará a precisar el concepto interés social en el caso, una vez determinado el ajuste o desajuste entre lo normado en el convenio y el interés social, si el desajuste aplica al propio texto normativo del pacto que implica incidir en la sociedad a despecho del interés social, la consecuencia será la

⁴¹⁹ Cfr. RUBINO, D., *La fatti specie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 27 ss y p. 172, nota 2; SCONAMIGLIO, D., “Fatto giuridico e fatti specie complessa”, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1954.

nulidad. Claro que esta discordancia normativa, entre lo previsto en el pacto parasocial y el interés social ocurrirá por definición solo si hay incidencia en la sociedad, y bajo ese tamiz, pues como señalaba Santoni, cabe destacar que existe una confusión interpretativa, que llevó a indicar frecuentemente algo con carácter general sobre los pactos parasociales, que aplica, al decir de este autor, solo a los sindicatos de voto. Agregamos aquellos que tengan incidencia sobre la sociedad, pero no a los conexos con aquella que no influyen en la sociedad.⁴²⁰

Las referencias al interés social son recurrentes en los cuatro sistemas legislativos que incumben a la presente obra. En sede de elementos estructurales de un contrato –pacto parasocial–, solo es relevante determinar la situación en la que el contenido del pacto pueda reputarse contrario a aquel, deviniendo ilegítimo. Diversa es la situación en que en el *desarrollo del cumplimiento* de las obligaciones emergentes del pacto parasocial, etapa ejecutiva, se presentan situaciones que comportan la vulneración del “interés social”. En este último sentido, como se indicó al analizar los pactos donde participan todos los socios, de admitirse el proteiforme concepto de interés social como categoría cargada de significados, en caso de pacto omnilateral, el interés social en ese momento puede inferirse para una circunstancia y tiempo determinado del pacto parasocial. Al analizarse la etapa de ejecución de las obligaciones se volverá a analizar cómo funciona el interés social en ese ámbito.

En la LSC española se alude a este concepto para: el derecho de información (arts. 196.2 y 197.3), los acuerdos impugnables (art. 204.1), los deberes de los administradores (arts. 226, 229.1 y 232.1), la acción de responsabilidad (art. 239.2), la exclusión del derecho de preferencia (arts. 308, 417, 506.1 y 511), la intervención del gobierno (art. 373.1), la representación de los liquidadores (art. 379.3), y la convocatoria de la asamblea –junta general– por el consejo de control en la sociedad anónima europea (art. 492.3).

El Tribunal Supremo español, en sentencia del 19 de febrero de 1991, usualmente citada en el tema, indica que: “*en torno a la idea o concepto del interés*

⁴²⁰SANTONI, G., *Patti parasociali*, Ed. Jovene, Napoli, 1985, pp. 144-145; p. 147, *apud* CONTI CRAVEIRO, “Pactos Parassociais Patrimoniais...”, *op. cit.*, notas 86 y 87.

social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una ‘institución-corporación’, en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social”.

Como señala la profesora madrileña Alonso Ledesma, si observamos el contenido de algunos de estos artículos, podemos sistematizar el recurso al interés social bajo diferentes perfiles funcionales: la invocación al interés social es causa de limitación de determinados derechos, parámetro de validez de los acuerdos o medida de actuación de los administradores. De ahí que la cláusula del interés social opera para el control de los actos jurídicos en la sociedad.⁴²¹

La ley argentina menciona el concepto, al regular las asambleas especiales(arts. 207 y 250, LSC), en el caso de director con interés contrario (art. 272, LSC), al establecer la prohibición de contratar con la sociedad (art. 271, LSC), para las actividades del director en competencia con la actividad social (art. 273, LSC), en la limitación o suspensión del derecho de suscripción preferente (art. 197, LSC), al aludir a la constitución de reservas, accionista con interés contrario (art. 248, LSC).

En la LS uruguaya se refiere al interés social: a) art. 241: Limitaciones al derecho de voto; b) art. 325: Conflicto de intereses. Votar si existe interés contrario; c) art. 330: Limitaciones o suspensiones al derecho de preferencia; d) art. 365: Impugnación de resoluciones asamblearias por ser contrarias a la ley, al contrato o al interés social; e) art. 387: Conflicto de intereses entre los directores y la sociedad, se hace referencia a limitaciones que tienen los socios respecto a actuar de determinada manera al poseer un interés contrario al de la sociedad. En el art. 365 se señala que cualquier resolución de la asamblea *“que fuera lesiva del interés social o de los derechos de los accionistas como tales, podrá ser impugnada”*. Barral y Germán

⁴²¹ALONSO LEDESMA, C., “Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente”, en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Consejo Gral. de los Colegios Oficiales de Comercio y Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 46.

identifican al interés social con la función económica y razón de ser de la sociedad, la causa negocial de esta. Por consiguiente, desde esa visión, el interés social coincide con la causa negocial de esta, consistente en obtener ganancias (primordial- pero no exclusivamente de contenido patrimonial), para su posterior reparto a prorrata de lo que le corresponda a cada socio. En la medida que todo aquello que coincida con la referida causa (obtención de ganancias, no necesariamente utilidades), va a estar de acuerdo con el interés de la sociedad; y por el contrario, toda vez que se realice, incluso por parte de la sociedad, algo en contra de la obtención de las referidas ganancias, será contrapuesto para esa doctrina al interés social.⁴²²

En Brasil, en tanto, se refiere con esa denominación del asunto en la dogmática, pero no en los enunciados normativos, en ellos habla de los “intereses sociales” o del “*interesse da companhia*”. Así se refiere a este concepto, en lo atinente al derecho de voto, en el art. 115; y al caracterizar como modalidad de ejercicio abusivo de poder, cuando el accionista controlador promueve la modificación estatutaria o la emisión de valores o de políticas o decisiones que no tengan por fin el interés de la compañía (art. 117, § 1º, letra “c”); o cuando alude a la ratificación ilegal por la asamblea general, de actos ilegales de los administradores contra, justamente, el “*interesse da companhia*”(art. 117, § 1º, letra “e”); respecto a los administradores, la ley les impone ejercer sus atribuciones en “*interesse da companhia*” (art. 154); y prohíbe su actuación en defensa de los intereses de los accionistas que lo eligieron, en detrimento de los “intereses sociais” (art. 154, § 1º). También se prevé que el administrador puede rehusar divulgar un hecho relevante si entiende que la difusión pone en riesgo el interés de la compañía (art. 157, § 5º). Finalmente, la ley faculta al juez a excluir la responsabilidad del administrador que actuó de buena fe en sentido subjetivo, convencido de que actuaba en “*interesse da companhia*” (art. 159, § 6º); y a dilucidar la interna societaria en caso de empate en la votación de la asamblea, si no

⁴²²BARRAL, A. – GERMAN, D., “Concepto de Interés Social en el Derecho uruguayo”, ponencia al IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, San Miguel de Tucumán, 2004, disponible en <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/handle/123456789/1278>, consultado el 2 de marzo de 2021.

hubiera forma de evitar la paralización que esto comporta, teniendo como objetivo el “*interesse da companhia*” (art. 129, § 2º).⁴²³

El concepto de interés social ha sido objeto de debate en la doctrina privatista, existen múltiples posturas en torno a qué denota y sus alcances.

Se ha dicho que la sociedad como organización destinada a la producción o intercambio de bienes y servicios se encuentra orientada a un fin. Ese fin subyacente a las sociedades se ha escudriñado en la doctrina privatista, acudiéndose primero a la “*affectio societatis*” y al propio objeto social; luego se fue conformando el concepto de interés social, para identificar cuál es el fin común que subyace a la constitución de figuras societarias y cuáles normas se generan a partir de ese propósito común.

En contra puede postularse que el interés societario constituye un elemento inconsistente, en tanto el objeto societario es directriz de la conducta de los integrantes de los órganos societarios y resulta suficiente para determinar cuál es el interés que los socios buscaban satisfacer al participar en la sociedad.

En las legislaciones mencionadas se alude al interés social, o al interés de la compañía, pero no existe una definición estipulativa en la ley respecto a qué debe entenderse por interés social, por lo que se abre la asignación de significado a la dogmática.

En doctrina, respecto al interés social, las opiniones, básicamente pueden dividirse en dos corrientes: las denominadas institucionalistas del interés social y las contractualistas. También hay quienes han negado la existencia de un significado para este significante.

En torno a las primeras han sostenido que la sociedad tiene un interés propio que trasciende el de sus socios. Para esta postura, en ese emprendimiento colectivo, al conjunto de intereses de los que los particulares de los accionistas representan solo una parte debe adicionarse el de los trabajadores, el de los consumidores y el de todo el colectivo nacional. Se pretende inferir de allí, la existencia de un interés social distinto del mero lucro, asumiendo el interés un carácter que trasciende a los socios o accionistas.

Estas tesis incurren en la denominada falacia naturalista. En efecto, pretenden derivar del ser, de la realidad que describen vinculada a intereses de diversos

⁴²³LUPION, R., “*Interesse social da empresa uma perspectiva Luso-Brasileira*”, en *RIDB*, Año 2, (2013), Nº 12, pp. 13853-13870, disponible en <http://www.idb-fdul.com/>

sujetos, socios, consumidores, trabajadores, administradores de grandes sociedades, el deber ser un concepto jurídico con incidencia normativa, el de interés social.

A tenor del Derecho positivo, en los países capitalistas las sociedades comerciales son creaciones de los sujetos de derecho, tendientes al cumplimiento del objeto, que no es otro que la obtención del lucro.⁴²⁴

Para las tesis denominadas contractualistas, no resulta de recibo concebir un interés superior distinto al de los socios y en cambio conciben al interés social como el común a aquellos, una zona de coincidencia entre los de cada uno de aquellos.

Al interior de las tesis contractualistas del interés social, es posible distinguir varios grupos de opiniones, en función del ámbito subjetivo a partir del que se construye ese concepto de interés común a varios. Para algunos se trata del interés común de todos los socios, lo que importa concebirlo como un concepto abstracto, típico, específico y objetivo, separado de las concretas vicisitudes de los socios; a su vez, en ese nivel discursivo, quienes secundan esta posición ingresan a discutir si se considera a los socios actuales o también debe considerarse a los futuros.

Otros aluden a que se trata de interés del socio medio; con ello se traslada el problema, hay que determinar qué debe entenderse por socio medio. Finalmente, otras posturas indican que será el de la mayoría. Las sociedades actúan por intermedio de sus órganos sociales, de las decisiones adoptadas por aquellos surgirá el interés social, se dice.

A esta altura del desarrollo se percibirá la escasez de certeza, la vaguedad semántica que impregna este concepto.

Galgano inserta el interés social al interior de la causa en el contrato de sociedad, sea el interés a la maximización de la eficiencia productiva de la empresa o a la de la ganancia, o a la del dividendo; por el contrario, resulta ajeno al interés social todo interés ajeno a la causa del contrato de sociedad y por ello personal de todos o alguno de los socios. La mayoría –indica el privatista– es árbitra para votar como le plazca, tendiendo a priorizar la eficiencia productiva, o los dividendos, pero no puede apartarse del elenco de intereses que surgen de la causa del contrato de sociedad, abusar

⁴²⁴ Para otras críticas: CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios...*, *op. cit.*, pp.728-731.

de su posición apuntando en vez de a la concreción de alguno de ellos, a los intereses personales de sus integrantes.⁴²⁵

Las tesis contractualistas han sido pasibles de crítica por quienes han negado que sea concebible el “interés social” como signifiicante con el significado que pretende dársele en la doctrina, aun en la contractualista.

En esta línea se señala que la síntesis conceptual elaborada por el contractualismo, en el sentido de que por interés social debe interpretarse el interés común de los socios, puede considerarse como una pauta válida para la solución de conflictos que se suscitan en el ámbito de las sociedades por interés y aun en la sociedad anónima tradicional; pero es absolutamente inoperante cuando se trata de aplicarla a la sociedad por acciones que recurre al ahorro público, en la cual el principio mayoritario no es el resultado de la dialéctica asamblearia.

Señalaba De Romisier que en estas sociedades, en las cuales el concepto de mayoría técnica, que consiste en una fracción aritmética mayoritaria de capital, es reemplazado por el de mayoría política, que se refiere al grupo de personas titular de una fracción suficiente de capital y vinculadas entre sí de manera tal que, en virtud de la dispersión y ausentismo del resto, se constituyen en quienes tienen el poder de elegir a los directores, dando lugar al fenómeno del poder sin propiedad, al cual corresponde al mismo tiempo el de propiedad sin poder, hacer referencia al interés social como “el interés común de los socios” es aplicar una fórmula sin contenido. Concluye la autora que la sociedad no es titular de ningún interés social, los socios lo son, y ellos son dispares y, a veces, irreconciliables. Pero la sociedad tiene un objeto, y en la búsqueda de armonizar o equilibrar los distintos intereses sociales de los socios, es la funcionalidad del objeto social el elemento concreto que determinará los límites de unos y otros. Es el objeto social el elemento concreto que determina los límites, la actividad de la sociedad, la competencia de los órganos societarios, ese es el punto de referencia preciso para determinar si la política seguida por el grupo de control atiende a las necesidades propias de la actividad empresarial ejercida por la sociedad.⁴²⁶

Profundizando la tesis que torna infecundo el concepto, Colombres arguye que aun en las tesis contractualistas, se trasunta con mayor o menor intensidad una aplicación de la idea institucionalista que como se vio resulta insecundable.

⁴²⁵GALGANO, F., *La società per azioni*, Ed. Zamichelli, Bologna, 1978, p. 165, *apud* MOLINA SANDOVAL, C. A., *op. cit.*, p. 213.

⁴²⁶ROMISIER, M. G. C. DE, *El interés social en la sociedad anónima*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1979, pp. 52 y 58-59.

Agrega el privatista argentino que se trata de una elaboración inconducente, ni siquiera, puntualiza –vale decir– que el principio mayoritario determina el interés social, pues de esta forma se recurre a una concepción prenormativa innecesaria para componer los intereses individuales en juego; cuando las normas legales impiden ciertos comportamientos a los administradores o directores, lo que hacen es preservar la esfera jurídica patrimonial de los demás socios.

En vez de partirse de los enunciados normativos para inferir la norma, se parte del concepto de interés social y se lo escudriña en los enunciados.

Es que la idea de interés no permite una abstracción generalizante, sino que refiere a cada sujeto, los intereses son múltiples, proteiformes y refieren a sujetos determinados.

En torno a quién determina el contenido de ese interés, para Colombres la primera posibilidad es la aplicación institucionalista, concepto prenormativo; la otra es la del control judicial, que sitúa al juez a evaluar un concepto que no ha podido construirse normativamente *ex ante*.⁴²⁷

Ante la posibilidad de que los socios mayoritarios se beneficien sin que paralelamente lo hagan los minoritarios, se señala que se requiere el establecimiento de un límite, de lo contrario se transita, a juicio de este autor, hacia la decadencia de los instrumentos jurídicos societarios como medio para configurar relaciones económicas de cooperación.⁴²⁸

Para los que sostienen la admisión de este concepto, este se estructura como un límite al proceder de los socios o accionistas y también, consecuentemente, de los sindicatos, tanto al determinar el contenido de las estipulaciones del convenio de sindicación como durante la actuación del sindicato.

No se limita la actuación conforme al interés social, asumido desde la perspectiva contractualista, en no perjudicar al otro, puntualiza Cabanellas, sino que implica, además, aprovechar las oportunidades que se presenten y en caso de conflicto de interés de la sociedad y el de un socio, atender el primero.⁴²⁹

⁴²⁷COLOMBRES, G., *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972.

⁴²⁸CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios...*, *op. cit.*, pp. 728-731.

⁴²⁹Ibíd.

Para determinar qué denota el concepto interés social, ha señalado este autor que debe partirse de cuáles son los términos del contrato social, atendiendo a si este explicita el fin de los socios. Será sobre la base de ello que deberá definirse el interés societario.

Si nada se dice, como habitualmente ocurre, se entenderá que este fin consiste en obtener el mayor beneficio para la sociedad, para su distribución entre los socios.

Quienes sostienen que el concepto tiene contenido y potencialidad jurígena, en tanto límite de la actuación y parámetro al cual ceñirse, infieren que el proceder del sindicato debe respetar el interés social. Se indica que los intereses extrasocietarios de los socios no deberán ser contra societarios, se trata así de lograr más beneficios para los sindicatos sin disminuir los beneficios para la sociedad; y en otro orden que el sindicato no puede permitir lo que la sociedad quiere prohibir, esto no puede delimitarse en forma abstracta, por lo que se acude a sostener que en el caso concreto deberá determinarse si se produjo una violación del interés social jurídicamente tutelado.⁴³⁰

Sin embargo, difícilmente escape alguna de las situaciones en las que supuestamente se atraviesa el “Rubicon” vulnerándose al “interés social”, a hipótesis que implican invasión no justificada, en esfera jurídica ajena –daño injusto, responsabilidad civil–, respecto de los restantes socios o accionistas, por lo que la mención al interés social resulta un recurso de brevedad para aludir a estos supuestos, dejando a su vez un contenido de textura abierta al juzgador.

Cuando se pretenda una violación del interés social, se ingresa en puridad en situaciones de abuso de derecho o de abuso de facultades, en la concreción de un acto en apariencia conforme a la ley, pero cuya finalidad trasciende la que le correspondería y que genera un daño; situación en la que el fraude consiste en la conciencia respecto a que ese daño puede generarse, más que la deliberada intención de perjudicar, más allá de que, generalmente, quien quiere la acción y prevé sus posibles consecuencias, seguramente también quiera estas. El abuso de derecho supone el ejercicio de prerrogativas determinadas, cuyos límites externos pueden ser definidos con bastante precisión, mientras que el abuso de funciones no se realiza en ejercicio de un derecho así concebido. Generalmente esos actos se realizan en razón de ciertas prerrogativas, en

⁴³⁰MOLINA SANDOVAL, C. A., *Sindicación...*, op. cit., p. 225.

el caso las vinculadas, por ejemplo, a la posición de director o sindicado, no referidas tan concretamente a un derecho subjetivo.⁴³¹

La ilicitud no puede quedar congelada en previsiones que, en esta materia, la realidad se encarga de modificar incesantemente. No hay figuras típicas de lo indebido en esta sede.

Cuando hay daño, si este no encuentra justificación, se ingresará en el terreno de lo “indebido”. Se trata de la obtención de ventajas o la generación de perjuicios, no justificados, en el normal funcionamiento de la sociedad, de acuerdo con la ordinaria experiencia. Lo que debe considerarse entonces es si hay un interés del menoscabante que merezca tutela hasta el punto de justificar el proceder, por ejemplo, de un grupo de socios en perjuicio de otros.

Lo que se plantea puede enunciarse de este modo, todo socio o accionista debe abstenerse de todo acto que pueda causar perjuicios a otros, salvo que su comportamiento sea justificado.

Esto implica desvincular la mención a lo indebido de específicas previsiones de ilicitud. Lo justificado no será solo lo que no está prohibido, sino algo distinto consistente en la específica preponderancia atribuida al interés de quien ejerce el derecho, mayoría o minoría sobre el interés del perjudicado.

En consecuencia, no se obrará justificadamente por el mero hecho de desarrollar un comportamiento no prohibido, sino que se requiere una ulterior y específica facultad, que no puede ser reconocida siempre que falte una norma prohibitiva, sino solamente si resulta acordada una preferencia en virtud de un análisis comparativo del interés de quien ejerce un derecho sobre el del otro.

Entonces, para concluir que el proceder no es “indebido”, no basta con la genérica licitud del comportamiento lesivo por falta de una específica prohibición, sino que en ausencia de aquella debe estimarse el disvalor tanto de la acción como del

⁴³¹ Cfr. ALTERINI, A. A. – LÓPEZ CABANA, R. M., *Derecho de Daños*, Ed. La ley, Buenos Aires, 1992, p. 17.

resultado para determinar si el orden jurídico secunda el acto, aun al costo del daño padecido.⁴³²

Estos parámetros, del moderno Derecho de daños, resultarán relevantes a efectos de determinar si para el caso de generarse daños, estos deben ser reparados, o si cabe prevenirlos, más que el concepto de “interés social”, cuya dificultosa asignación de significado se ha analizado.

No se trata de determinar la ilicitud del comportamiento del socio o accionista que deba sacrificar su esfera jurídico-patrimonial en beneficio de otros, sino de examinar cada caso en concreto, considerando que los otorgantes son socios, signados por el obrar de buena fe, que tienen entre sus deberes decurrentes el deber de lealtad, y deben actuar según surge de las propias normas cuyo ingreso al sistema determinó el contrato social, entre ellas las decurrentes de la cláusula general de buena fe.⁴³³

Certeramente, en Brasil, Vieira von Adamek ha apuntado que el concepto de interés social no tiene utilidad en muchos aspectos, por lo que es preferible acudir al denominado deber de lealtad, por ejemplo, ante los abusos de las minorías en el Derecho societario. Y esto se torna aplicable, a mi juicio, al ámbito de los pactos parasociales, como criterio más prolífico que el del interés social, concepto polisémico y polémico. Dicho deber societario de lealtad tiene un doble contenido, obliga a los participantes a abstenerse de cualquier comportamiento que pueda perjudicar los intereses de la comunión o de los coparticipes, comprendidos en la finalidad común.⁴³⁴

Esos deberes de colaboración o salvaguarda comportan, al decir del privatista portugués Menezes Cordeiro, los siguientes: mantener una postura coherente evitando conductas sinuosas que perjudiquen a la otra parte; atender a la materialidad, para no desarrollar comportamientos que más allá que se vean formalmente correctos,

⁴³²LORENZO, F. M. DE, *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 22; ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Resarcimiento de daños*, IV, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 77; ALTERINI, A., *Curso de obligaciones*, II, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 396.

⁴³³ La medida de intensidad de los deberes secundarios decurrentes de la buena fe dice relación con la finalidad del negocio jurídico y se intensifica en las relaciones jurídicas de cooperación, en las que se manifiesta en su plenitud. En la sociedad trasciende la mera consideración de los intereses con aquel con el que se interactúa, como ocurre en los contratos bilaterales, pues existe por la finalidad conjunta asociada al fin común del contrato asociativo. MARTINS-COSTA, J., “Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro”, en *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*, A. Junqueira de Azevedo, H. Taveira y P. Carbone (coords.), Ed. QuartierLatin, San Pablo, 2008, p. 402.

⁴³⁴VIEIRA VON ADAMEK, M., *Abuso de minoría em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias)*, pp. 137-142 y 146-150, disponible en <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02082011-142051/pt-br.php>, consultada El 10 de marzo de 2021.

no lo sean en cuanto a las consecuencias; no llevar adelante actuaciones laterales que perjudiquen de forma oblicua el núcleo de la situación; mantener a la otra parte informada de todo cuanto pueda ser relevante para la situación nuclear que concretamente las ocupa.⁴³⁵

Ahora bien, como señalaba Konder Comparato, en los contratos plurilaterales siempre hay dos tipos de intereses en juego, el interés común y los intereses individuales. Entre uno y otro existe una relación de intermediación o complementariedad, no es cualquier interés individual que el orden jurídico protege en el contrato de sociedad, apenas los de los socios en cuanto tales, esto es, los intereses que no se contraponen al fin común de realización del objeto social con fin lucrativo, cuya relación depende de la efectiva consecución del interés común.⁴³⁶

De esta forma, como en lo que concierne a la sociedad, el fin común se refiere a la causa del contrato en la visión tradicional, y el socio se debe abstener de cualquier comportamiento que de alguna forma pueda obstar a que se persiga de modo eficaz. Ello implica mucho más que una actitud pasiva, si la estructura de la sociedad de que se trate exige la colaboración, la actividad del socio. Pero más allá de la causa y de los comportamientos comprometidos como consecuencia del estatus de socio, incluso el deber de lealtad trasciende a la finalidad común e involucra a todos los intereses individuales como consecuencia de la causa del contrato de sociedad. Pero como señala Vieira von Adamek, siguiendo a Tribunfante, la dificultad está en saber cuáles serán esos intereses. La respuesta parece estar asociada a la protección de la tutela de la confianza, que se genera por la celebración de un contrato de sociedad; confianza que no constituye un dato invariable, inerte, está por el contrario en constante variación, en el devenir de la realidad de los negocios; así todos los intereses directa o indirectamente conexos a la causa del contrato, esto es, la finalidad de lucro, serán susceptibles de protección. Los socios no podrán entonces obstaculizar la potencialidad de la sociedad,

⁴³⁵MENEZES CORDEIRO, A., *Manual de direito das sociedades*, II vol., 2ª ed., Ed. Almedina, Coimbra, 2007, nº 221, p. 572; *apud* VIEIRA VON ADAMEK, M., *Abuso de minoria...*, *op. cit.*, nota 375.

⁴³⁶KONDER COMPARATO, F., “Restrições à circulação de ações em companhia fechada: ‘nova et vetera’”, en *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, Ed. Forense, RJ, 1981, p. 44, disponible en https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5097171/mod_resource/content/0/Aula%2002%20-%20Complementar%20-%20Comparato%20-%20Restri%C3%A7%C3%B5es%20%C3%A0%20circula%C3%A7%C3%A3o%20de%20a%C3%A7%C3%B5es%20em%20companhia%20fechada.pdf, consultado el 13 de marzo de 2021.

obtener tanto lucro como sea posible. También la obligación de actuar lealmente implica el rechazo a los actos emulativos, valga la contradicción, los que no generan ningún provecho lícito y real para la sociedad y tienen como propósito real perjudicar la posición de los demás socios.⁴³⁷

vi) Los convenios sobre el voto su admisibilidad en general

En torno a los límites que surgen de la ley, se discutió antaño la admisibilidad con carácter general de los convenios sobre el voto, concentrándose hogaño el debate respecto a los límites de dichos convenios.

En primer término se analizará, con carácter general, la licitud del objeto, referido al convenio de sindicación para el voto. En las sociedades anónimas, cuando los pactantes son accionistas, el asunto no merece análisis en este grado, por cuanto está resuelto por el citado art. 331 de la LS. Sin embargo, tal análisis es de recibo para los demás tipos sociales o para el caso en que intervienen terceros.

Dilucidada la licitud de un convenio sobre el voto en tanto tal, se referirá a algunos aspectos de interés, posibles asuntos, sobre los que puede acordarse estar a lo que resuelva el sindicato para el voto, efectuándose un análisis de segundo grado respecto a los contenidos normativos de dichos convenios.⁴³⁸

Si bien en el análisis a efectuarse en el presente se refiere al “voto”, deberá tenerse en cuenta que lo que se analizará resulta aplicable, *mutatis mutandi*, a cualquier manifestación de voluntad secundada por el ordenamiento jurídico, efectuada por el socio de una sociedad comercial, que se pronuncie en el marco del órgano de gobierno o que determine la formación de la voluntad de la sociedad. El ámbito trasciende el de las sociedades anónimas y el de las sociedades de responsabilidad limitada en las que funcionan asambleas y aplica a cualquier tipo social donde se individualice una situación de voto en reunión de socios.⁴³⁹

Los pactos o convenios de este tipo “encuentran un fértil campo de aplicación en todas aquellas realidades sociales en las que se requiera la formación

⁴³⁷VIEIRA VON ADAMEK, M., *Abuso de minoría...*, op. cit., p. 155.

⁴³⁸ Se toma como referencia, el análisis efectuado por CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios...*, op. cit., respecto a los temas planteados en la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica.

⁴³⁹ El ámbito trasciende el de las sociedades anónimas y el de las sociedades de responsabilidad limitada en las que funcionan asambleas. Obsérvese que, por ejemplo, el art. 222 de la LS uruguaya, en sede de sociedades de capital e industria establece: “*En las resoluciones sociales, para el voto del socio industrial se tendrá en cuenta la evaluación de su aporte. Si se hubiera omitido la evaluación se computará su voto en proporción a su participación en las ganancias*”.

colegial de la voluntad del ente; sin embargo ha sido en el específico ámbito de las sociedades mercantiles donde los pactos de sindicación han encontrado un óptimo grado de desarrollo: sociedades de capital, en su doble vertiente de sociedades anónimas y limitadas, sociedades personalistas, grupos de sociedades, han conocido la existencia y el rápido desarrollo de estos acuerdos entre los titulares de la facultad de voto”.⁴⁴⁰ Se excluyen solo aquellas manifestaciones de voluntad expresadas en el marco del ejercicio de la administración de la sociedad, las cuales merecen ser consideradas por separado.

Existe entonces una identidad sustancial en la problemática que suscitan los convenios de sindicación en los distintos tipos de sociedades mercantiles.⁴⁴¹

Señala Mambrilla Rivera que el análisis de la licitud de la previsión referente al voto incumbe a la disponibilidad o no del mismo por el socio, lo que a su vez depende de la calificación jurídica que se le atribuya.

En este sentido, las teorías denominadas institucionalistas, que calificaban al voto como una función o potestad, concluyen en la imposibilidad de realizar cualquier acto de disposición sobre él. Lo asumían como un deber inherente a la calidad de socio, que este estaría obligado a ejercer conforme al interés social, lo que comporta la imposibilidad de celebrar cualquier tipo de negocio que importare en el seno de la asamblea, la defensa de intereses distintos al interés de la sociedad.⁴⁴²

La doctrina mercantil contemporánea considera el voto como un derecho o facultad de la que es titular el socio para la defensa de sus intereses en la sociedad, tesis que ha sido defendida por los propulsores de las denominadas teorías contractualistas o teorías negociales, que consecuentemente, no hallan óbice a admitir que se celebren este tipo de negocios jurídicos respecto al voto, dentro de los límites que surgen de la ley.

⁴⁴⁰ MAMBRILLA RIVERA, V., *Caracterización jurídica...*, *op. cit.*, p. 308.

⁴⁴¹ Cfr. MENÉNDEZ, A., *apud* MAMBRILLA RIVERA, V., *op. cit.*, nota 23.

⁴⁴² Refiere MAMBRILLA RIVERA, V., *Caracterización jurídica...*, *op. cit.*, p. 303, nota 3, como destacados defensores del voto “función” a JOSSERAND, “De l’esprit des droits et de leur relativité. Theorie dite l’abus des droits”, París, 1927, p. 368, y entre los italianos a VIVANTE, E. *Tratato de Diritto commerciale*, disponible en castellano en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1105-tratado-de-derecho-mercantil-t-ii>; y LA LUMIA, “La cesione dil vincolo del diritto di voto nelle società per azioni”, en *Riv. Dir. Comm.*, II, 1915 p. 68; y más recientemente PAILLUSSEAU, “La société anonyme”, París, 1967, quien señaló que los intereses de los socios consistentes en la obtención de un rendimiento económico a su aportación deben ser distinguidos del interés de la empresa, el cual debe ser prioritario sobre los intereses individuales en caso de conflicto.

Se conceptúa al voto como una facultad conferida a los socios para la tutela de sus intereses en la sociedad, constituyendo el límite a que se contraría el interés social.

La doctrina española e italiana mayoritarias parecen contestes en atribuir al voto el carácter de “derecho” o “facultad”; sin embargo, el debate se situó en la doctrina italiana, respecto a si se trata de un “derecho subjetivo puro”, o de lo que se denominó un “derecho potestad”.⁴⁴³

Para otro sector se trata de un “derecho subjetivo colectivo”, no es ni una potestad ni un derecho subjetivo puro; se señala que debe verse como un *tertium genus* entre ambas categorías, ya que teniendo en cuenta que las decisiones se adoptan por mayoría en el seno de los órganos de gobierno de la sociedad, el socio está disponiendo, al menos en forma potencial, de los derechos de otros ausentes o disidentes, incidiendo sobre esferas jurídico-patrimoniales ajenas. Luego de señalarse que se constata esto, colige esta doctrina que se está en presencia de un interés solidario, trascendente al interés individual.

No son de recibo las corrientes que postulan que el voto es una potestad o una función que se confiere al socio a fin de defender un interés que le es extraño, el de la empresa, el social o el que fuere.

El voto puede calificarse como un acto jurídico. Respecto a la situación jurídica de quien tiene la posibilidad de votar, la norma que sustenta tal situación jurídica puede verse como una norma atributiva de poder normativo. Esto último, desde la perspectiva de la autonomía privada y no como han hecho quienes han sostenido la tesis de la facultad o función entendiendo que estas se confieren al socio en pos de un interés superior de la empresa o de la institución.

Calificado el voto de este modo, surge la posibilidad de celebrar negocios sobre el mismo, con las limitaciones que en cuanto a la licitud surjan de las normas prohibitivas. Los límites a la autonomía privada tienen siempre un carácter negativo. En el Derecho público toda actividad debe tener por meta el interés público y debe moverse en la dirección indicada por este; se convierte en deber jurídico, quedando confiada a la elección discrecional del destinatario establecer el tiempo y el modo de actuación

⁴⁴³MINERVINI, V., “Sulla tutela dell’interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio”, en *Riv. Dir. Civ.*, I, 1956 p. 314 y ss. Este autor sostuvo que se trata de un derecho subjetivo puro, en tanto que MENGONI postuló la tesis del derecho potestativo en “Appunti per una relazione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni”. Ambos citados por MAMBRILLA RIVERA, V., *Caracterización jurídica...*, op. cit., p. 304.

específica y el límite finalista o intrínseco, inherente a los poderes públicos, se traduce en términos de obligatoriedad jurídica, de forma que todo acto de ejercicio de poder en el ámbito del Derecho público es un acto debido.

En cambio, el acto privado autónomo, el negocio jurídico es, al menos normalmente, un acto espontáneo que no constituye cumplimiento de un deber. No existe en la actividad privada negocial predeterminación legal de un fin, el requisito de causa del negocio no se traduce en un límite finalista o funcional de la autonomía privada, los límites de esta son exteriores y no íntimos o intrínsecos. Estas afirmaciones solo son susceptibles de mayor análisis en el Derecho brasileño, donde se consagra la función social del contrato, asunto a profundizar al analizar la causa.

Ahora bien, podría postularse que sin desconocer los alcances de la autonomía privada y sus límites, sería ilícito el objeto de estos convenios para los demás tipos sociales distintos de la anónima, por contravenir diversas normas que se reputan de orden público.

El razonamiento sería de este modo el siguiente: los sujetos pueden otorgar este tipo de convenios, tienen capacidad jurídica y poder normativo, pero el objeto, las normas que se pretenderían crear respecto al voto merecerían el reproche de otras normas, legales, que devendrían en la ilicitud del objeto del contrato.

De seguido se analizarán los argumentos más comunes utilizados antaño en la doctrina a fin de reputar ilícitos este tipo de convenios.⁴⁴⁴

Se ha dicho que las asambleas de socios se encuentran regidas por disposiciones legales que no pueden ser modificadas contractualmente, no podrían preverse mecanismos distintos para la adopción de decisiones por los socios que las previstas para el tipo social de que se trate, así se dirá que en las sociedades anónimas sí está prevista esta posibilidad, pero no en los restantes tipos sociales, por lo que en ellos serían ilícitos este tipo de convenios.

Se puede agregar en la misma dirección que los temas deben discutirse en las demás sociedades en los ámbitos de deliberación previstos y el instrumento solo está reservado para las sociedades anónimas.

⁴⁴⁴CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios...*, op. cit., p. 461 y ss.

También puede sostenerse que el legislador, *v. g.*, brasileño o uruguayo, reputó esencial la deliberación en los demás tipos sociales, y por ello no se encuentra previsión al respecto. En los demás tipos societarios, particularmente en las sociedades personales, debe tenerse en cuenta el interés societario, a diferencia de las sociedades anónimas, en las que por el gran número de socios que pueden llegar a alcanzar es posible que se creen distintas agrupaciones de socios en su interior, entre otros argumentos.

También en el sentido de negar la admisibilidad de estos convenios en otros tipos sociales puede afirmarse que en las sociedades que no son anónimas pesa en la decisión del socio de formar o incorporarse a la sociedad, las características de los demás socios y si se transfieren los derechos de voto y la participación en los órganos de deliberación las expectativas de los socios se ven defraudadas, no puede transferirse o canalizarse el análisis de las situaciones fuera de las asambleas, en estos tipos sociales.

Podrá señalarse, para efectuar este cuestionamiento, que el convenio de voto modifica la estructura prevista en la LS, respecto a las asambleas y reuniones de socios, al posibilitar que el control de la sociedad pueda pasar a quienes no cuentan con la mayoría de los votos en dichas instancias, si se aplicaran las normas emergentes del contrato social, el estatuto y/o la ley.

El ejemplo clásico refiere a un socio que solo cuenta con la minoría de los votos y que puede sindicarse con otros también minoritarios, de modo tal que sumadas sus voluntades representen la mayoría de los votos de la sociedad y los del primero la mayoría a la interna del sindicato, en este caso ese socio minoritario controlará así el gobierno de la sociedad.

En la línea de cuestionar el objeto del convenio de sindicación cuando el mismo refiere al voto, para sociedades distintas de las anónimas, puede referirse que afectarían el funcionamiento de los órganos societarios y de las relaciones internas en la sociedad.

Particularmente puede señalarse que la titularidad de las cuotas o partes sociales, el riesgo que genera para el socio tal titularidad, su responsabilidad en tanto tal y la atribución que le confiere el ordenamiento jurídico para votar cumplen funciones en la estructura jurídica societaria, constituyendo un auténtico sistema que se ve desnaturalizado, contrariando las normas de la ley si se celebran este tipo de negocios.

Al escindir el voto podrá indicarse desde esa postura que se vulnera el derecho de voto, el que solo puede ser limitado si la ley lo autoriza y esto, en lo que

involucra a la sindicación, está previsto solo en los ordenamientos que así lo establecen, v. g., brasileño, uruguayo, colombiano, para las sociedades anónimas, por lo que en los demás casos, se estaría en presencia de una situación de objeto ilícito, o si se quiere más aún, de falta de poder normativo negocial para celebrar un convenio sobre el voto.

Hasta aquí los cuestionamientos que sería posible efectuar en sede de objeto a la admisibilidad del convenio de sindicación en sociedades distintas de las anónimas.

Se ingresará ahora a los argumentos a favor de la admisión de la figura cuando su objeto es el voto, que se deben adicionar, para concluir en su licitud, a los referidos a la teoría general del contrato y del negocio jurídico antes expuestos.

No se percibe que este tipo de normas emergentes de los convenios alteren el funcionamiento de la sociedad, por el contrario, en el caso de las sociedades no anónimas o en el caso de estas cuando los pactantes no son todos accionistas, los convenios revisten el carácter de parasociales, y no surten efectos respecto a la sociedad, salvo en el caso de “pactos de atribución”, en los que estamos en presencia de una estipulación para otro en beneficio de aquella.

Si el convenio resulta violatorio de alguna norma contenida en el contrato social, cabe remitirse a lo expuesto en sede de conexidad contractual.

Es que los convenios de voto solo inciden en el proceso por el cual se forma la voluntad de los socios, lo que es ajeno al ámbito de la sociedad, salvo, claro está, que existieran vicios de la voluntad manifestada por el socio en las instancias societarias.

Menéndez Menéndez relevaba la posición favorable de la doctrina española respecto a la licitud de los convenios de sindicación para el voto, en tanto no hay razón para impedir que el socio convenga con otros, el criterio más acertado de defensa en relación con los asuntos que puedan plantearse, o bien por considerar que el pacto no afecta a la esencia del voto, por lo que no percibe fundamento para su no admisión, mientras no fuere su objeto contrario a la ley, el orden público, el estatuto o las buenas costumbres.⁴⁴⁵

Los convenios sobre el voto no afectan la deliberación en el órgano de gobierno, los socios pueden manifestarse de acuerdo con la sociedad de que se trate y

⁴⁴⁵MENÉNDEZ, A., “Los pactos de Sindicación para el órgano...”, *op. cit.*, p. 364.

sus normas; las disposiciones aplicables a las sociedades no establecen cuánto hay que discutir, ni cómo debe formarse la voluntad de los socios. Es más, no se ha cuestionado que los socios puedan ser representados por mandatarios, que están obligados a actuar de acuerdo con el contenido del mandato recibido, más allá de lo que se discuta en la asamblea, contenido de la discusión de la que el mandante no se enterará en tanto no está presente, el conocimiento del orden del día hace que pueda tomarse posición sobre este antes de la celebración del evento o reunión.

La posición de los socios no puede ser asimilada a la de los administradores, porque cuando estos ejercen sus funciones se deben a la sociedad. Si bien el límite está dado en la especie por el interés social, este no define positivamente en qué sentido debe votarse.

El socio será responsable, en tanto el convenio es un contrato parasocial lo relevante es el sentido en que expresó su voluntad el socio. En las sociedades anónimas será responsable el accionista al votar, incluso en aquellos sistemas donde se prevé la incorporación a las normas sociales de lo previsto en el convenio. A texto expreso se establece en el Derecho uruguayo que no podrá eximirse de responsabilidad el accionista invocando un convenio de sindicación, aun cuando este ingrese a las normas aplicables a la sociedad, cumplidos los requisitos previstos para ello.

En lo referido a las reglas sobre minorías y mayorías, estas no se ven afectadas por la celebración de un convenio sobre el voto, el convenio solo incide en los motivos por los que se manifiesta la voluntad de los socios sindicados.

Tampoco debe sorprender que sea la mayoría al interior del sindicato la que resuelva. Sobre este tema, es común expresar que a similar resultado puede llegarse mediante el funcionamiento de una sociedad “holding”.

Cabe destacar que es el socio que se somete al régimen jurídico del sindicato quien se aviene a determinar cuál será el contenido de su voto, en función de las resultas de la interna de aquel, en tanto este sufraga en la asamblea, no hay tal violación de las normas sobre mayorías.

Por último, en torno al elemento *intuito personae*, en las sociedades personales y en ciertas sociedades de responsabilidad limitada, justamente puede recurrirse a un convenio de sindicación, a fin de reforzar este carácter y operar en conjunto varios socios vinculados, por ejemplo, por razones familiares, estando a lo que se resuelva en la interna del sindicato.

vii) *Análisis de la licitud del objeto para ciertas normas contractuales sobre el voto*

Existen en los cuatro sistemas jurídicos analizados en el presente, normas que otorgan derecho de receso a favor de los disidentes, cuando se adoptan ciertas decisiones, hay variantes entre ellos en cuanto a los supuestos en que el derecho potestativo de separación o receso se configura.

En relación con el fundamento del derecho de separación en las sociedades de capital, existe un elemento clave que no es extensible al fundamento de este derecho en las sociedades personalistas; en las de capital, el derecho de separación se plantea como un elemento de defensa individual del socio frente a determinadas conductas o hechos acaecidos en la sociedad. Tradicionalmente, las causas que originan el derecho de separación en las sociedades mercantiles –independientemente del tipo social al que se aplican– han tenido su principal fundamento en la presunción legal de que determinadas modificaciones al contrato de sociedad lo alteran de tal manera, que el socio no deviene obligado a soportarlas.⁴⁴⁶

Se ha planteado que los convenios para el voto estarían privando del derecho de receso a los sindicados que, por ejemplo, votarían en contra en el seno del sindicato y luego votarían a favor en la junta o asamblea, viéndose privados así de que se configure a su favor el derecho de receso, por haber tenido que dar cumplimiento a lo decidido por el sindicato conforme lo dispuesto en el convenio de sindicación del que es parte.

Entonces, en esta postura, los disidentes no podrían ejercer el derecho de receso, que en el sistema societario continental es de regla irrenunciable, concluyéndose que en caso de que el sindicato se pronuncie respecto de alguno de los supuestos de hecho previstos en la ley que habilitan el receso para quienes se expresen en contra o no se hagan presentes, la decisión deberá adoptarse por unanimidad o dejarse a los sindicados en libertad de acción en la asamblea.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶RODAS PAREDES, P., *La Separación del Socio en las Sociedades de Capital*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 22; OLIVERA GARCÍA, R., “El derecho de receso cinco lustros después”, en *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año 2, N° 3 2003, pp. 55-57.

⁴⁴⁷HOLZ, E., *op. cit.*, p. 149.

Tal argumento no es de recibo. La posibilidad de ejercer el derecho de receso, respecto al que, como se dijo en sede de presupuestos, no se tiene poder normativo para renunciar, importa previamente para que nazca el acaecimiento de un determinado supuesto de hecho previsto en la ley.

Si en el convenio de sindicación se incluyera una renuncia al derecho de receso, esta sería inexistente por falta de poder normativo negocial del involucrado para celebrar dicho negocio dispositivo, respecto a un derecho conferido por ley, que es irrenunciable.

El supuesto que ahora interesa consiste en votar en contra de lo resuelto o la ausencia de la reunión respectiva.

Si el socio votó en un determinado sentido en la asamblea, por cuanto se ajustó a una norma jurídica originada en su actuación, en tanto pactante de un convenio de sindicación no se genera el supuesto que habilita el receso y no surge tal derecho.

El motivo por el que se vota en tal o cual sentido, no resulta relevante, pues es parte del proceso de formación de la voluntad del socio, proceso que importa estar a lo decidido por el sindicato, a cuya resolución el socio en ejercicio de la autonomía privada se ha sujetado.⁴⁴⁸

Es susceptible de análisis la licitud del objeto cuando la norma contractual dispone que los miembros de una determinada clase de acciones deban votar en asambleas especiales, para la adopción de resoluciones que afecten a un cierto tipo de acciones, en la forma que resolviere el sindicato, cuando en dicho sindicato podrían estar sindicados accionistas de otras clases.

La objeción residiría en postular que de este modo se estaría contrariando lo dispuesto en la norma citada.

En esta dirección, se indica que en el caso debe tenerse en cuenta el interés de la categoría accionaria, pues el sindicato no puede, “so pena de transgresión al orden jurídico”, afectar el interés de la clase de accionistas. Debe respetarlo, así si la resolución a adoptar por la asamblea especial afecta los derechos de clase, los sindicados ajenos a tal clase deberían, en opinión de este autor, abstenerse de intervenir en la predeterminación del voto si con su intervención pueden causar perjuicio a la clase de accionistas de que se trate. Admitir que los sindicados de todas las clases puedan

⁴⁴⁸ En contra, ZAMEFELD, V., “Algunos aspectos del pacto de sindicación de acciones”, en *La información*, XLVII, jun. 1983, p. 1273 y ss., *apud* MARTORELL, E. E., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 166.

participar en esta resolución, implicaría vulnerar por vía indirecta una disposición imperativa, con un carácter protectorio.⁴⁴⁹

La admisibilidad o no de tal reproche reside en la cuestión previa de la admisibilidad o no del convenio en tanto tal, aspecto ya analizado y resuelto en el Derecho uruguayo y en el brasileño a texto expreso para el caso de las sociedades anónimas, pues siempre la participación en la creación de un convenio sobre el voto implica ceñirse a lo decidido por el sindicato; no resulta relevante si se trata de una asamblea especial, ordinaria o extraordinaria. Desde otra perspectiva podría señalarse que la participación y decisión en el sindicato por accionistas de otra clase podría asimilarse a la situación de intervención de terceros en el sindicato. Sobre este argumento, si los que participan son accionistas en los sistemas en que se requiere que solo participen accionistas para la inscripción del convenio y su inserción en las normas sociales, este no es de recibo. En cuanto a la dilucidación en referencia a la intervención de accionistas de otras clases, si se asimila el supuesto a la de la intervención de terceros, es dable remitirse a lo expuesto al analizar los componentes personales del pacto.

La regulación en el convenio del voto de la decisión de aprobar la gestión o de no iniciar la acción social de responsabilidad por parte de la sociedad o de los sindicatos contra los administradores o directores es un tema clásico de debate en la materia.

En cuanto a la regulación en sede contractual mediante un convenio de esta posibilidad, hace ya muchos años que en la jurisprudencia argentina el Dr. Anaya, consideró que resultaba contrario a derecho pretender regular en el ámbito del sindicato –en el caso de uno de accionistas– la posibilidad de decidir sobre este tema.⁴⁵⁰

En la doctrina argentina contemporánea, Molina Sandoval se pronuncia en contra de la admisión de un pacto que implique obligarse a aprobar la gestión. Señala que en cada caso deberá ponderarse si esta se ha realizado conforme al parámetro exigido. Por ello sufraga por la no admisión del pacto, indicando la limitación de los

⁴⁴⁹ MOLINA SANDOVAL, C. A., *Sindicación...*, op. cit., p. 230.

⁴⁵⁰ Caso “Sánchez c/ Banco de Avellaneda”, *cit. supra*.

directores a votar cuando se analiza su gestión, agregando que el sentido de la norma es claro, los administradores no pueden aprobar su propia gestión.

Entre los clásicos, Pedrol se preguntaba: ¿sería válido un acuerdo por el que el accionista sometiese a la decisión del sindicato el criterio que va a seguirse en la votación de una acción de responsabilidad contra los administradores? Ante ello opina Molina Sandoval que la responsabilidad debe resolverse en asamblea de accionistas, marco perfecto para las convenciones de voto, y agrega que la respuesta a lo planteado por Pedrol “no puede ser sino en contra de la licitud”. Esto lo infiere de un silogismo que indica: i) cualquier pacto parasocietario que se enfrente al interés social debe ser considerado ilícito; ii) la acción social de responsabilidad hace al interés social, pues coadyuva a mantener indemne su capital social; iii) *ergo* un convenio sindical que restrinja la posibilidad a la sociedad de accionar contra los administradores societarios estará vestido de ilicitud”, y concluye expresando con Pedrol que sería imposible admitir que un accionista se comprometa a votar negando hechos ocurridos.⁴⁵¹

Parece que en la doctrina se percibe la inadmisibilidad de ciertos pactos en estos territorios, sin embargo, los fundamentos que se invocan no resultan satisfactorios, la mención al interés social hace trasladable toda la problemática conceptual generada en torno a esa construcción.

En el caso de aprobación de la gestión, justamente lo que debería demostrarse es que existe una norma jurídica que impone analizar la gestión en el transcurso de la asamblea y no estar a lo resuelto previamente por el sindicato; no basta la mera invocación de esto.

El argumento en torno a que los directores no pueden aprobar su gestión no resulta consistente, pues no serán ellos quienes la estarán aprobando, sino quien vote. El votante, previamente, en ejercicio de la autonomía privada, participó en un convenio de sindicación, cuya admisibilidad con carácter general no resulta contemporáneamente negada en la dogmática.

Esto no implica que la respuesta entonces debe ser afirmativa, tanto respecto de la posibilidad de regular la aprobación de la gestión, como del inicio de las acciones de responsabilidad, ya sea la individual como la social.

A efectos de dar respuesta a la cuestión, es necesario analizar el régimen de responsabilidad civil de los administradores.

⁴⁵¹PEDROL RIUS, A., *La anónima actual...*, op. cit., pp. 280-281, y MOLINA SANDOVAL, C. A., *Sindicación...*, op. cit., pp. 246-249.

La reparación del daño sufrido por los sujetos de derecho en los sistemas jurídicos está regulada por un conjunto de normas que configuran el denominado sistema de responsabilidad civil.

La imputación de responsabilidad civil se inicia con la constatación de un daño que padece un sujeto. Ese daño se conecta luego, causalmente, con un evento dañante, una conducta humana u otro supuesto previsto en la ley. A la vinculación entre el daño y el evento dañante se la identifica como relación de causalidad o nexo causal. Ese evento dañante debe presentar las características exigidas por la ley; así, constituyen eventos dañantes, el incumplimiento material de una obligación o del deber genérico de no dañar, o cualquier otro hecho, aun no vinculado a la conducta humana. Verificada la existencia de daño y su conexión causal con una conducta humana u otro hecho previsto en la ley, debe analizarse la vinculación de ese evento dañante con determinado sujeto. Esta última conexión se determina a través de un factor de atribución que presenta en nuestro Derecho múltiples grados, pasando desde la subjetividad total, en la cual la asignación depende de modo esencial de la conducta desplegada por el sujeto, hasta la objetividad extrema, en la que es irrelevante. En ese último caso, solo debe determinarse que el sujeto sea el indicado en la norma como obligado a reparar.

Se compone así este proceso de asignación de la responsabilidad civil: a) de tres elementos estructurales, el daño, el evento dañante y el sujeto que se individualiza como el obligado a repararlo; y b) de dos elementos de carácter conectivo, la relación causal, que vincula al daño con el evento en forma más o menos directa, y la relación entre el evento dañante y el sujeto. A la primera conexión se le denomina imputación objetiva y a la segunda imputación subjetiva. Ambas conexiones pueden verse interrumpidas por un suceso cuyo acaecimiento no puede imputarse al sujeto: la causa extraña no imputable. Esta última fractura el “nexo causal” cuando ella genera el daño y no el hecho indicado en la norma como evento dañante y en cambio quiebra la relación de atribución, cuando la causa extraña no imputable genera la verificación del evento dañante y este a su vez genera el daño. En caso de incumplimiento de obligaciones, este último quiebre se manifiesta así, hay incumplimiento material pero no es atribuible al obligado, sino a la causa extraña no imputable. La configuración como eximente de la

causa extraña no imputable también es más o menos subjetiva, según se tomen en cuenta o no las características del sujeto.⁴⁵²

Respecto a la inserción en el sistema contractual o extracontractual, dependerá de los criterios sostenidos en torno a la distinción entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. A mi juicio, la responsabilidad de los administradores o directores, respecto de daños padecidos por la sociedad y aun por sus accionistas es contractual.

El sistema de Derecho de daños desarrolla dos funciones básicas, preventiva y reparatoria, y cuenta con dos subsistemas: el destinado a la prevención del daño, que también aplica en el ámbito de la responsabilidad de los directores, y el de resarcimiento del daño, denominado de responsabilidad civil.

Al interior de este último encontramos tres subsistemas, responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual y responsabilidad por daños en el Derecho del consumo.

Cuando el deudor incumple una obligación de fuente legal o contractual, nos ubicamos en el ámbito de la responsabilidad contractual.⁴⁵³

En el caso de los directores, el programa de conductas se conforma con todos los comportamientos que estos deben desarrollar en cumplimiento de las normas legales y contractuales que incumben a la sociedad y las generadas por actos colectivos –o complejos, según se prefiera– originados en las resoluciones de los órganos sociales actuando dentro de sus competencias. Este programa se conforma por normas generadas por el propio contrato social, sobre la base del ejercicio de la autonomía privada, por normas legales que se integran con las anteriores para generar el conjunto normativo que rige a los contratantes, sean estas de orden público, y por tanto inderogables, o las que no lo son y aplican si los sujetos no las sustituyen en lo específico, por otras que ellos mismos crean en ejercicio de la autonomía privada. En el sistema contractual, el evento dañante consiste en el incumplimiento de una conducta prescripta por una norma

⁴⁵² En este apartado seguimos la investigación efectuada en Uruguay por MARIÑO LÓPEZ, A., *Los Fundamentos de la responsabilidad contractual*, C. Álvarez (Ed.), Montevideo, 2005. El encare metodológico del presente difiere del que clásicamente discute la “naturaleza” contractual o extracontractual de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades, que deviene irrelevante, como se verá, a los efectos de determinar cuál es el factor de atribución (objetivo, culpa, dolo u otro), aunque sí para configurar el factor dolo y en otros segmentos, por ejemplo, prescripción.

⁴⁵³ MARIÑO LÓPEZ, A., *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado*, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo, 2009, p. 674 (nota explicativa del art. 1319 del Código Civil uruguayo).

individuada ingresada al sistema en función del contrato o de los actos colectivos dictados por los órganos societarios al amparo de este y de las normas legales.

Analizando el art. 241 de la LSC española, se ha sostenido que es extracontractual lo que no puede secundarse a nuestro juicio.⁴⁵⁴

En efecto, la sociedad comporta un sistema de normas conformado por las de origen contractual y las emanadas de los actos de los órganos sociales, una verdadera estructura normativa que trasciende el deber genérico de no dañar. El fundamento de la contractualidad de la responsabilidad no reside en la observación en cuanto a que existían obligaciones legales que impongan parámetros de diligencia exigibles a los administradores, sino que responde a la existencia de normas individuadas, cuyo ingreso al sistema jurídico se originó por el contrato o por los actos colectivos dictados en el marco de la estructura de normas societarias.

Sobre los daños padecidos por terceros, quedan comprendidos en supuestos de responsabilidad aquiliana.⁴⁵⁵

Respecto a la responsabilidad hacia la sociedad, la conclusión resulta evidente, pues los imputados de responsabilidad están obligados respecto de aquella, tornándose irrelevante el debate en torno al vínculo del administrador con la sociedad, trascendente para quienes, como algunos autores argentinos, reservan el ámbito de la responsabilidad contractual al estrecho cauce de las obligaciones surgidas de los contratos.

A nuestro parecer, la existencia de una obligación o de un deber de conducta previo, distinto del de no dañar, determina el ingreso de la hipótesis en el ámbito de la responsabilidad contractual.⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad”, en Sánchez Calero, F., *Los administradores de sociedades de capital*, Navarra, 2005, p. 53.

⁴⁵⁵ Área en la que existen sustanciales diferencias con parte de la doctrina argentina, lo que es relevante cuando se acude a ella.

⁴⁵⁶ Por lo que no se acompaña la postura del ilustre autor argentino Cabanellas, que en su visión del ámbito de la responsabilidad contractual, termina concluyendo que la responsabilidad sería aquiliana (CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 4 – *Los órganos societarios*, op. cit.). Por un concepto similar al desarrollado en el presente se han pronunciado en la Argentina, Bueres, Vázquez Ferreira, Pizarro-Vallespino y Llambías, y más recientemente Sebastián Picasso, quien cita a los anteriores (PICASSO, S., “El incumplimiento de las obligaciones contractuales. El problema de la ausencia de culpa y de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Obligaciones de Medios y de Resultados”, en O. J. Ameal - D. Gesualdi, *Derecho Privado Homenaje al Prof. Dr. Alberto J. Bueres*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001).

La acción social de responsabilidad (art. 393 de la LS uruguaya; 238 de la española; art. 159 de la LS brasileña; art. 276 de la ley argentina) importa para la sociedad la posibilidad de hacer valer en juicio su derecho al resarcimiento de los daños que le fueran ocasionados por los directores. Como señala Patti, el daño a la sociedad se constituye, normalmente, con el deterioro de las condiciones de aquella, por el sujeto al que se le imputa la responsabilidad civil y la dispersión de la riqueza que, deducidos los pasivos, debió conservar o aumentar.⁴⁵⁷

Dicha acción puede ser iniciada, además de por la sociedad, por accionistas (art. 394 de la LS uruguaya, § 3º do art. 159 de la LS brasileña), prevé que resuelto el inicio de la acción, si en tres meses no se iniciara puede promoverla cualquier accionista o incluso, que aunque la asamblea general definiera no iniciarla, ella puede ser promovida por accionistas que representen el cinco por ciento del capital (art. 159, § 4º, art. 239 de la LSC española, art. 277 de la LS argentina). En este caso, los promotores se situarán en posición de sustitutos procesales de la sociedad misma. La eventual condena referirá a la obligación de la que es acreedora la sociedad que padeció el daño fundante de la convocatoria de responsabilidad. Un abordaje que aproxime la cuestión a la acción subrogatoria, no es de recibo, *porque falta* uno de los presupuestos básicos para su ejercicio, *la existencia de un crédito*.⁴⁵⁸

Como indica en Italia Mucciarelli, el accionista pleitea en nombre propio, pero en interés de la sociedad. Se trata de casos excepcionales en que la ley prevé una legitimación extraordinaria de terceros.⁴⁵⁹ También esta acción puede ser ejercida por los acreedores sociales destaca Galgano que la pretensión de resarcimiento reconocida a los acreedores sociales está llamada, sobre todo, a cubrir el caso en que los administradores, por tener el control accionario de la sociedad, nada tienen que temer

⁴⁵⁷ PATTI, A., “Il danno e la sua quantificazione nell’azione di responsabilità contro gli amministratori”, en *Giurisprudenza commerciale*, I, pp. 81-97.

⁴⁵⁸ Señalaba el Supremo Tribunal de Justicia del Brasil, en sentencia Nº 1.515.710, del 12 de mayo de 2015: “Nos termos do art. 159, § 3º, da Lei das S/A, durante os três meses contados da deliberação da assembleia geral que autoriza a companhia a promover a ação contra o administrador, somente a própria sociedade, com exclusão de qualquer outro acionista, pode assim proceder. No curso de tal interregno, portanto, a lei confere legitimidade exclusiva à sociedade anônima para promover a ação social. Após o término do aludido termo, o regramento legal expressamente admite que qualquer acionista promova a ação social, caso a companhia não o tenha feito naquele período. Veja-se, portanto, que, em tal circunstância –após o término dos três meses contados da deliberação assemblear– possuem legitimidade ativa ad causam tanto a companhia, como qualquer acionista para promover a ação social. Não há, pois, qualquer óbice legal para a formação de um litisconsórcio ativo facultativo integrado por sujeitos de direito que, repisa-se, simultaneamente ostentam legitimidade (concorrente) para, em juízo, defender os interesses da companhia”.

⁴⁵⁹ Cfr. MUCCIARELLI, F. M., “L’azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di società quotate”, en *Giurisprudenza Commerciale*, I, p. 59.

respecto a una acción social de responsabilidad. Se está, a su juicio, frente a una forma de protección del interés general actuada con intereses privados, vinculada con el control del correcto ejercicio del poder económico.⁴⁶⁰ En el Derecho uruguayo surge esta posibilidad desde el art. 395 de la LS; en el español del art. 240 de la LSC, los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos. Podría postularse que esta es la misma acción que corresponde a la sociedad, la que puede ejercitarse por los acreedores sociales por vía subrogatoria, en aquellos casos en que la sociedad no la ejercita. El carácter subrogatorio de la acción, desde esta posición, permite fijar el contenido de la pretensión, que no es diverso del de la acción social de responsabilidad ejercida por la sociedad.

Señala Ferri, en Italia, que si bien la ley requiere como presupuesto del ejercicio de la acción por los acreedores, que como consecuencia de la conducta de los administradores haya un menoscabo en el patrimonio social, esto refiere a que mientras la sociedad tiene interés en que se resarza cada daño que se generó por los administradores, los acreedores tienen interés en convocar la responsabilidad a través esta acción, cuando por el daño causado a la sociedad se ha mermado su garantía patrimonial.⁴⁶¹

Cuando acciona la sociedad, reclama en función de la violación de cualquier deber de conducta. En cambio, la acción conferida a los acreedores, *se circumscribe al caso en que se haya incumplido el deber de conservar la integridad del patrimonio social*, que no es otra cosa que la garantía genérica del art. 2372 del Código Civil.

La ley, solo cuando los actos y omisiones afectan el patrimonio social de modo tal que deba ser “*reconstruido*”, o en términos de la ley española, resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos, habilita la convocatoria de responsabilidad civil en este caso.

⁴⁶⁰ GALGANO, F., *Diritto Civile e Commerciale*, vol. Terzo – *L'impresa e lesocietà*, t. II, 3ª ed., Cedam, Padua, 1999, p. 291.

⁴⁶¹ Así, FERRI, G., *Manuale di diritto commerciale*, a cargo de C. Angelici y G. B. Ferri, Ed. Utet, Turín 2001, p. 409.

Esta situación importa mayor gravedad que la mera insolvencia que puede estar generada por razones de iliquidez. En estos casos debe existir una situación de insuficiencia del patrimonio social, que en forma irremediable y radical supone el exceso del pasivo respecto del activo.

El daño que genera responsabilidad civil es aquí aquel causado al acreedor, que ve frustrado su crédito por la conducta del director y el impacto negativo en el patrimonio social que da mérito a la “reconstrucción”. En cambio, respecto de la sociedad, no solo responden los directores por la pérdida patrimonial, sino por la no consecución del fin social, el lucro.

A nivel de las consecuencias, de configurarse la acción del art. 395 de la LS como una *acción autónoma tendiente a la reconstrucción del patrimonio social*: i) el administrador no podrá oponer al acreedor accionante eventuales excepciones que pudo haber invocado contra la sociedad; ii) que esta última accione luego que lo hizo el acreedor no importará la imposibilidad de prosecución del primer accionamiento; iii) la sociedad no podrá disponer del derecho, ni recibir el pago por no ser la acreedora; iv) la prescripción comienza a correr desde que el patrimonio devino insuficiente para satisfacer los créditos, pues este es el daño que habilita el ejercicio de esta acción, así entendida.⁴⁶²

Respecto a los hechos dañantes, no surge de la legislación. En los sistemas jurídicos analizados, un elenco preciso de todas las conductas que son exigibles a los directores, el motivo resulta evidente, tantos son los comportamientos que puede asumir el director y tan variados en el desarrollo de la actividad social que una enunciación completa sería prácticamente imposible.

Las clasificaciones, en general incompletas y desorganizadas, no revisten interés práctico, salvo una, la que distingue entre: i) aquellas obligaciones que tienen un contenido específico, precisamente determinado por la ley, el estatuto o los reglamentos; y ii) aquellas en las que no surge precisada la conducta debida de un específico enunciado normativo y en cada caso hay que determinar cómo debió comportarse el sujeto en su gestión en función de las circunstancias del caso, donde deberá precisarse qué comportamiento el actor debía desplegar.⁴⁶³

⁴⁶² La doctrina italiana ha debatido largamente este tema, en función de lo edictado en el art. 2394 del Código Civil de aquel país.

⁴⁶³ Cfr. BONELLI, F., *Gli amministratori de società per azioni*, Giuffrè Ed., Milán, 1985, pp. 160-162.

En el ámbito de la responsabilidad de los directores, los hechos dañantes pueden consistir, entonces, en el incumplimiento en sentido material de conductas impuestas por la ley, el estatuto o los reglamentos, a los que la doctrina italiana contemporánea caracteriza por especificidad, elenco sobre el que volveremos al tratar el factor de atribución objetivo. Entre estos, es clásico mencionar: irregularidades en la contabilidad; omisa, retardada o ilegal confección de los estados contables; creación y utilización de fondos “en negro”; ilegal sobrevaluación del patrimonio social; deber de convocar a la Asamblea cuando esto corresponde, entre otros.⁴⁶⁴ Otro grupo de posibles hechos dañantes se conforma con cualquier otra conducta desplegada por los directores, que genere un daño.

La imputación de responsabilidad se realiza sobre la base de modelos normativos, denominados factores de atribución. Cuando el factor de atribución es subjetivo, debe contrastarse la conducta desplegada por el sujeto con el parámetro descrito en la norma.

En cambio, si verificado el hecho, la ley no toma en consideración la conducta del sujeto para asignarle la obligación indemnizatoria, el factor de atribución es objetivo. Basta en este último caso que se produzca el hecho, si este se vincula con el daño en los términos de causalidad que surjan de la ley, la obligación de indemnizar nace a cargo del sujeto individualizado, que solo podrá exonerarse si demuestra la existencia de causa extraña no imputable, conformada por un hecho exterior e irresistible.⁴⁶⁵

En Uruguay, el art. 391 configura los distintos factores de atribución en la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, constituyendo una responsabilidad objetiva y subjetiva agravada, respectivamente. Conforme con el art. 83, en cambio, el factor de atribución siempre es subjetivo y la responsabilidad es subjetiva agravada. Comenzaremos por analizar este último. El administrador no cumple con sus obligaciones, actuando con la diligencia media del artículo citado del Código Civil. Los administradores de sociedades en general, conforme con el art. 83,

⁴⁶⁴ Al respecto puede consultarse, CONFORTI, C., *La responsabilità civile degli amministratori...*, t. I, op. cit., p. 203 y ss.

⁴⁶⁵ Vid. *supra*, nal. 2.

deben desplegar la diligencia media del buen hombre de negocios, un parámetro más exigente. En la ley argentina, la solución es la misma (arts. 274 y 59, respectivamente).

En España también se establece un parámetro abstracto de conducta más gravoso que el que surge de la diligencia del buen padre de familia. El art. 226 establece como parámetro, los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, pero, incluso, lo hace optar por el interés de la empresa por sobre el suyo.

En este parámetro de conducta, la diligencia, particularmente en las sociedades de capital, debe ser la del convocado para dirigir una empresa y estar referida a la particular expectativa de la sociedad y de los socios, de conseguir un resultado económico positivo y para eso deberá aplicar el director, todos los actos gestorios que pueden, entre aquellos posibles, redundar en mayores oportunidades y utilidades.⁴⁶⁶

La diligencia exigida comprende también a la pericia, entendida como la capacidad personal y profesional, y esto se intensifica particularmente en ciertas sociedades que requieren para su correcta dirección, estudios para dirigentes de empresa.

Como señala en Italia Franzoni, la impericia del administrador crea un elemento presuntivo respecto a la negligencia en la cual ha incurrido durante la gestión.⁴⁶⁷

En el Derecho español se incluye una definición estipulativa respecto a lo que debe entenderse por ordenado empresario, la diligencia será la debida cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

En el Derecho brasileño, en tanto, la diligencia es la que cualquier hombre activo y probo acostumbra a desplegar en sus propios negocios (art. 153 de la LS).

A su vez impacta en este ámbito el comportamiento exigible conforme a la lealtad, mencionada en el Derecho argentino y uruguayo y concretada en el español en el art. 228, donde se indica que en particular el administrador está obligado a no

⁴⁶⁶ Esto afirma la jurisprudencia italiana, aun en ausencia de una norma como la que surge del art. 83 de la LS. En aquel país la diligencia es la del mandatario.

⁴⁶⁷ Cfr. FRANZONI, M., “La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali”, en AA.VV., “La responsabilità degli amministratori e dei sindaci”, p. 37, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, dirigido por F. Galgano, vol. XIX, Ed. Cedam, Padova, 1994.

ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas; guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera; abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto –salvo los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador–; desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal, con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros; y adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

Para todo el sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, los factores subjetivos de atribución son dos: la culpa y el dolo. La mención a la “lealtad” lleva a plantear si es concebible otro factor de atribución subjetivo, distinto de la culpa, delineada en ese artículo, y el dolo.⁴⁶⁸

La lealtad, el “*cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien*” se deriva de la buena fe objetiva, referida a un modelo abstracto de conducta que comporta además, y entre otros, los conceptos probidad, honestidad, corrección, escrúpulos, ausencia de fines espurios en una sociedad y tiempo determinados, cooperación y solidaridad.⁴⁶⁹

En la antípoda del comportamiento leal encuentra la *mala fe* su perfil específico, en el conocimiento que el sujeto tiene o debe tener de hechos, circunstancias, situaciones, datos, etc., relevantes para el Derecho de acuerdo con las características de cada acto jurídico y su utilización antifuncional.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ En función de la mención presentamos la cuestión, pasible de análisis monográfico.

⁴⁶⁹ Para una visión de la doctrina sudamericana contemporánea sobre la buena fe, puede consultarse MARTINS-COSTA, J., *A boa-fe no Direito Privado*, Ed. Rev. dos Tribunais, Sao Paulo, 1999; y *Tratado de la buena fe en el Derecho*, 2 t., Córdoba, M. M. (dir.), Ed. La ley, Buenos Aires, 2004. La definición de lealtad es la primera acepción de la 22ª ed. del *Diccionario de la Lengua Española*.

⁴⁷⁰ ALFERILLO, P. E., *Conferencia de Ingreso como Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Argentina, pronunciada el 9 de setiembre de 2003.

El comportamiento del director, distinto al debido, conforme con la lealtad derivada de la buena fe objetiva o la utilización antifuncional de circunstancias, situaciones o datos relevantes, es reprobada por el ordenamiento jurídico, que impone justamente obrar conforme a la “lealtad” y en caso de generarse daño, atribuye responsabilidad civil.⁴⁷¹

Respecto a los directores de sociedades anónimas en Uruguay, para el caso de incumplimiento en sentido material de conductas impuestas por la ley, el estatuto o el reglamento, el art. 391 contiene una expresión cuyo valor semántico convoca un factor de atribución objetivo: “responderán”. En el Código Civil uruguayo se utiliza la expresión responder y es responsable en casos de atribución objetiva de la obligación de indemnizar (arts. 528, 530, 906, 1463, 1718, 1762, 2204, 2279).⁴⁷² En el incumplimiento en sentido material de conductas impuestas por la ley, el estatuto o los reglamentos, a las que la doctrina italiana contemporánea caracteriza por especificidad, el factor de atribución es objetivo.

La determinación de la responsabilidad por violación de estos específicos deberes se encuentra facilitada en cuanto es suficiente –para afirmar la responsabilidad– que el administrador no haya tenido el comportamiento previsto en la ley.⁴⁷³

Verificado el daño y conectado con el evento dañante, en el caso, el incumplimiento material, automáticamente surgirá la obligación de indemnizar a cargo del director, que no podrá exonerarse invocando haber obrado con lealtad y sin culpa, esto es, con la diligencia media del buen hombre de negocios. Solo podrá exonerarse el director, demostrando que se fracturó la relación de causalidad o el factor de atribución, alegando una causa extraña no imputable.⁴⁷⁴

La expresión “causa extraña no imputable” comprende a todo evento exterior –no atribuible al sujeto indicado, en el caso, el director– e irresistible, que

⁴⁷¹ En la ley de relaciones de consumo para la responsabilidad del proveedor puede verse AMORÍN, M., “Buena fe y responsabilidad del proveedor a propósito de los artículos 32 y 33 de la ley de relaciones de consumo”, en *Rev. Crítica de Derecho Privado*, N° 1, C. Álvarez Ed., Montevideo, 2004, p. 14.

⁴⁷² MARIÑO LÓPEZ, A., *Código Civil...*, op. cit.

⁴⁷³ Cfr. BONELLI, F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Ed., Milano, 1992, p. 4, traducción nuestra de “*L'accertamento della responsabilità per le violazioni di questi specifici obblighi è facilitato, in quanto è sufficiente provare –per affermare la responsabilità– che l'amministratore non ha tenuto il comportamento specificamente imposto dalla norma di legge*”. En ausencia de disposiciones similares a la del inicio del art. 391, la responsabilidad objetiva, en Italia, es de más difícil sustento. Contra la distinción propuesta, uno de los máximos expertos en Derecho societario en América Latina, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., op. cit., p. 348.

⁴⁷⁴ La doctrina italiana sustenta este criterio respecto de los que denomina “obblighi a contenuto specifico”. Cfr. CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori...*, t. I, op. cit., pp. 203-340.

impide el cumplimiento de la obligación y comprende los denominados caso fortuito, fuerza mayor, hecho del tercero o hecho de la víctima.⁴⁷⁵

De no receptarse este temperamento, el director podrá exonerarse demostrando que actuó conforme al parámetro del art. 83, sin culpa.

En España, también en estos casos se acude a un sistema de factor de atribución subjetivo culpa presumida. Conforme dispone el art. 236, la *culpabilidad se presumirá*, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

El *mal desempeño del cargo* solo puede especificarse con las circunstancias del caso concreto. Deberá determinarse entonces, cuál era el comportamiento conforme a la diligencia debida y si la conducta no se ajustó a aquel.

De acuerdo con la denominada “business judgement rule”, que importada al sistema continental se traduce en que el juez no está habilitado, cuando se convoca la responsabilidad del director a ingresar *ex post facto* al análisis de criterios de discrecionalidad u oportunidad en las decisiones involucradas. En España esto se ha referido en el art. 226, indicándose que en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. De ello resultan excluidas las decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, a aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones en competencia con la sociedad.

Tan rígida postura, representativa de la garantía de autonomía negocial de los privados intereses de los socios y administradores, debe morigerarse para concluir que resulta compatible con la indagación de los actos previos o conexos con el acto al que causalmente se vincula el daño.

En relación con el evento dañante, también la “business judgement rule” se ve atenuada, admitiéndose el examen respecto a si el acto se ciñó a criterios de corrección, prudencia y sobre todo razonabilidad. La actividad del juez puede

⁴⁷⁵ Sobre la limitación para el hecho del tercero, véase *infra*, nal. 6.

sintetizarse, entonces, de la siguiente forma: no puede el magistrado simplemente evaluar, *ex post facto*, la actividad discrecional de los administradores o imputarles responsabilidad por el simple fracaso de los negocios.

Pero, la esfera de la discrecionalidad a la que se aludió, en la que el administrador puede operar sin que sea posible la evaluación de si desempeñó bien o mal su cargo, es extremadamente limitada. El juez, entonces, colocándose en la misma situación histórica en la que se encontraba el administrador en aquel preciso momento, puede valorar la actividad, utilizando la ordinaria razonabilidad, y determinar qué proceder el administrador, en aquel contexto y con los conocimientos que tenía cuando llevó a cabo el acto, no habría debido ejecutar.⁴⁷⁶

Adicionalmente, ante la concreción de un acto en apariencia conforme a la ley, pero cuya finalidad trasciende la que le correspondería y genera un daño, el fraude consiste en la conciencia respecto a que ese daño puede generarse, más que la deliberada intención de perjudicar, más allá que, generalmente, quien quiere la acción y prevé sus posibles consecuencias, seguramente también quiera estas. No se requiere entonces acreditar en casos de fraude el “*animus nocendi*”, la intención lesiva, que entra en el ámbito de la voluntad interna de las conductas clandestinas.

Queda en evidencia la similitud entre el abuso de funciones y el abuso de derecho, sobre todo si se entiende que no se requiere la intención de dañar. Con todo, si bien vincula conceptualmente una noción con otra la reacción negativa del orden jurídico a su respecto, se distinguen en cuanto a la conformación del supuesto de hecho que constituye el abuso de derecho o la conducta fraudulenta. El abuso de derecho supone el ejercicio de prerrogativas *determinadas*, cuyos límites externos pueden ser definidos con bastante *precisión*, mientras que el abuso de funciones no se realiza en ejercicio de un derecho así concebido. Generalmente son actos realizados en razón de ciertas prerrogativas, en este caso las vinculadas a la posición de director, no referidas tan concretamente a un derecho subjetivo.⁴⁷⁷

Delineado el panorama en materia de responsabilidad de los directores en los diversos sistemas jurídicos objeto del presente, surge que en la actuación de los directores en relación con los accionistas existen deberes positivos. Ellos son los

⁴⁷⁶ Cfr. QUATRARO, B. – PICONE, L., *La Responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società*, Giuffrè Ed., Milán, 1998, p. 250.

⁴⁷⁷ Sobre este tema, ALTERINI, A.- LÓPEZ CABANA, R., *Derecho de Daños (y otros estudios)*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1992, p. 17. Es pasible de abundamiento, si en este caso se está en presencia de otro factor de atribución distinto de la culpa o el dolo.

denominados “deberes de protección –o de conservación– que incumben a los administradores”, esto comporta la aplicación del régimen de la responsabilidad contractual. Cuando los directores generan un daño a los accionistas, la hipótesis trasciende la tutela del interés general de pacífica convivencia, concretado en el *neminem laedere*, convocado, por ejemplo, cuando se trata de tutelar la integridad física de aquel que transita por la acera.⁴⁷⁸

El marco conceptual para abordar la cuestión es el siguiente: el objeto del contrato, como se dijo, de cualquier contrato, incluso del contrato social, es una norma jurídica que consiste en un deber de comportamiento por un sujeto y el correlativo derecho subjetivo de exigirlo por otro.

De convenirse que el acreedor renuncia a demandar la ejecución forzada de la prestación del deudor por este en caso de incumplimiento, no se configura norma jurídica y tampoco contrato.

De las normas que hace ingresar el contrato o estatuto social, entre las que además de los enunciados de aquel se encuentran las de la ley, tenemos la que obliga al administrador o director a desarrollar un determinado comportamiento. El convenio ingresa así en un supuesto de objeto jurídicamente imposible, si pretende regular estos segmentos de alguna forma que implique un negocio abdicativo.

Por ello se entiende inadmisibles el pacto que pretenda la aprobación a “mano de yeso” de la gestión, pues implica en definitiva renunciar a reclamar de los directores o administradores la conducta debida, lo que importa dejar sin contenido normativo las obligaciones que asumen, ante lo dispuesto en el contrato social, el estatuto y la ley. Esto, ante la existencia previa de la norma del contrato principal resulta jurídicamente imposible.

Para la acción social de responsabilidad, de pactarse algún tipo de limitación a la posibilidad de iniciarla en el pacto parasocial, el objeto deviene ilícito, pues lo que se está pactando es justamente facilitar la producción de daño a la sociedad, y en

⁴⁷⁸ADIUTORI, A. R., *Funzione amministrativa e azione individuale di responsabilità*, pp. 68-70, Giuffrè Ed., Milán, 2000. La autora postula también la naturaleza contractual de la responsabilidad respecto de terceros, basada en los conceptos citados de deber de protección y de conservación originados en la doctrina alemana. AMORIN, M., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*

función de aquel a los restantes accionistas, protegiendo al sujeto que lo genera, abdicándose de tender a la reparación del daño padecido por aquella.

Otra hipótesis de enunciado que podría constituir un supuesto de programa de conducta ilícito, es la referida a administradores que siguen las instrucciones del sindicato, planteando que esto colinde con la indelegabilidad, salvo pacto en contrario, de la función de administrar.⁴⁷⁹

Sobre el asunto se expidió la Cámara Nacional de Comercio, sala C, de la República Argentina, en sentencia que contiene una pieza jurídica de sumo interés en el tema, expresando respecto a la validez de las convenciones de voto que incidan sobre la administración: *“No empece la indelegabilidad del cargo a que se refiere el artículo 266 del régimen legal de las sociedades. Las políticas o criterios adoptados por los accionistas sindicados son ajenos al ámbito del ordenamiento societario. La administración de la sociedad no queda, de esta suerte, vinculada por la actuación de personas distintas de las que integran su directorio. Son solamente los integrantes de este órgano quienes pueden concurrir con sus declaraciones a la adopción de las resoluciones de la administración social. Al así hacerlo asumen el ejercicio de sus específicas funciones –sin conferirlas o trasladarlas a personas diversas, que es lo específico y caracterizante de toda delegación– y quedan sometidos a las consiguientes responsabilidades. Tampoco se ha pretendido que a través de tales convenciones los directores puedan excusar su responsabilidad alegando que obraron en un determinado sentido en cumplimiento de un pacto de sindicación. Ello sin perjuicio de destacar que acreditado tal hecho, correspondería extender las eventuales responsabilidades a todos los vinculados por tal pacto, [...]”*.⁴⁸⁰

Continúa el redactor de la sentencia, Dr. Anaya: *“En este mismo orden de cosas relacionado con la gravitación que sobre el voto de los directores puede ejercerse a través de factores externos a la exclusiva deliberación del órgano de administración o con el influjo a que pueda quedar sometido en la emisión del voto, encuentro oportuno destacar que no es un fenómeno singular de los convenios de sindicación. No puede así ignorarse que en el supuesto de directores elegidos por categorías de acciones, estos administradores no permanecerán insensibles a los requerimientos de sus electores, dentro de los límites demarcados por el interés*

⁴⁷⁹GOURLAY, P. G., *Le conseil d'administration de la société anonyme: organisation et fonctionnement*, París, 1971, p. 221; *apud*. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios...*, *op. cit.*, p. 475, nota 427.

⁴⁸⁰VICENT CHULIÁ, F., “Licitud, eficacia...”, *op. cit.*, p. 3021.

social”. Refiere luego el citado: “*Es que análogamente a lo que ocurre con las convenciones de voto de los accionistas –no sin dejar de advertir las diferentes proyecciones que corresponden al voto del accionista y al voto del administrador– estos pactos no constituyen por el solo hecho de su existencia motivo de agravios para terceros. Ello por lo menos en tanto las vinculaciones de que son fuente permanezcan como un problema exterior para la sociedad; por lo que se deja abierta para el tercero la posibilidad de cuestionarlas eventual y accesoriamente en una demanda de impugnación de las resoluciones de los órganos que hayan trasgredido los derechos de la sociedad o personales del impugnante*”.

En la doctrina hostil a convenios de sindicación que involucren el comportamiento de los administradores, es recurrente la referencia al desprecio por el interés social de estos contenidos o considerar este tipo de pactos como instrumentos al servicio de intereses extrasociales.

La objeción, como se aprecia, no se sitúa en la licitud o no del acuerdo en tanto tal, sino en su finalidad. Entonces, si la finalidad del convenio se traduce en la pura satisfacción del interés social –*rectius*, si no implica apartarse de la buena fe objetiva–, no se encuentra motivo de ilicitud alguno en el mismo, no encontrándose cuál sería la norma vulnerada, la que impida celebrar negocios jurídicos con estos alcances.

Debe concluirse en la licitud del objeto que pretenda regular el comportamiento de los directores. Si estos últimos, en el ejercicio de su función, incurrir en responsabilidad, corresponderá demandarla.

Debe tenerse presente lo dispuesto en cada sistema jurídico, respecto a la responsabilidad por daños generados a la sociedad por dolo o culpa del socio y a los supuestos de control societario en que existen especiales vínculos que puedan ligar a la sociedad a que refiere el convenio, con otra sociedad titular de acciones, partes o cuotas sociales y participante en el convenio de sindicación, que decidiera, mediante su voto en el sindicato, determinadas decisiones que deberán adoptar los administradores.

Para el órgano de administración cabe escudriñar, lo mismo que respecto a la actividad de los socios en el órgano de gobierno, si una vez cumplidos los requisitos establecidos en dicho artículo, a la hora de manifestar la voluntad en el seno de estos

órganos, el sujeto lo hace en forma disímil a la que surge del convenio o se abstiene cuando se había resuelto votar en determinado sentido, si el voto debe computarse o no.

En otros términos, cuál es la trascendencia de esta manifestación de voluntad en el órgano de administración si se vota a despecho de lo decidido en el sindicato y si la conclusión es la misma para el caso de las asambleas de accionistas que para el voto en el directorio. En los sistemas que prevén el ingreso de las normas del convenio a las que aplican a la sociedad en caso de cumplirse con ciertos requisitos, v. g., Derecho brasileño y uruguayo, la respuesta es que no debería computarse dicho voto; aunque entre ambos sistemas existen diferencias, ante la ausencia en Uruguay de una norma como la ingresada al ordenamiento brasileño en el año 2001, que consagra una auténtica fungibilidad del “volere” fuera de los estrados y habilita a votar como se debía (véase *infra* Capítulo séptimo).

Distinta de la planteada es la situación en que un sindicato, vinculado por un convenio que refería al voto del mismo en el órgano de gobierno de la sociedad, resulte luego designado administrador.

Al respecto, en tanto no se encuentre explicitada en el convenio otra cosa, sus alcances estarán acotados en términos de lo pactado que refiere a la junta – asamblea–, de la norma que de aquel surge y, consecuentemente, no estará el administrador antes sindicado obligado a seguir, cuando vote en el directorio, las indicaciones del sindicato que en tanto socio o accionista sindicado le correspondía seguir en el órgano de gobierno de la sociedad.

Un tema extensamente analizado en la dogmática es el del pago de contraprestaciones a cambio del voto, si se trata de un programa de conducta ilícito.

En Alemania, en el § 405 de la AktG se define como contrario a lo debido (*Ordnungswidrigkeit*) la actuación de aquel que: “6. *Exija, consienta que le prometan, o acepte, ventajas especiales como recompensa para votar en una asamblea general o especial, no votar o votar en determinado sentido*”, o “7. *Ofrecer, prometer o asegurar ventajas especiales para que alguien no vote o vote en determinado sentido en una asamblea general o especial*”. La doctrina alemana ha sostenido que tales disposiciones no aluden a una prohibición que incumba a cuestiones societarias, sino que la razón de lo prohibido a nivel de política legislativa refieren a un negocio que es nulo en concordancia con lo dispuesto en el § 134 del BGB, nulidad por violar una norma prohibitiva, o aun con el § 138, *eiusdem*, que determina la nulidad de un negocio jurídico contrario a las buenas costumbres.

En la doctrina hispanoamericana, Cabanellas señalaba que como en la práctica es generalmente imposible distinguir entre las ventas de voto destinadas a impedir un obstáculo al apropiado funcionamiento social y las que carecen en realidad de fines ilícitos, la tendencia predominante es prohibirlas en forma general.⁴⁸¹

En España, en los trabajos clásicos al respecto, Mambrilla Rivera afirmó que la ilicitud de los pactos que implican pagos a cambio del ejercicio del voto ha sido materia de análisis tradicional, por ejemplo, en el ámbito societario, destacándose que resulta un supuesto de causa ilícita, la hipótesis en que la obligación asumida por el socio o accionista de votar en determinado sentido tiene como contraprestación, de parte generalmente de un sujeto no socio, una ventaja de índole patrimonial, o una atribución de particulares o especiales ventajas al socio. Es el supuesto del denominado tráfico o compra de votos.⁴⁸²

Relativizaba la conclusión Vicent Chuliá, apostulando como válida la cesión del voto a otro socio a cambio de remuneraciones o ventajas económicas, pero no en el caso de que la ventaja sea concedida por la sociedad, pues en este último caso existiría una lesión del interés social.⁴⁸³

Contemporáneamente, Martínez Rosado se suma a la opinión de aquellos autores que consideran contraria a la moral la venta del voto o su cesión a cambio de ventajas especiales tanto por la sociedad como por otro u otros socios. Para este autor, dicho negocio es ilícito; indicando que si no ingresa por contrario a la moral, por las dificultades en la precisión del contenido, en temas de Derecho privado patrimonial, al mismo resultado se arriba, si se lo vincula con la causa la que reputa ilícita, porque “pone en peligro el interés social, de lo cual ya es un indicio el propio hecho de obtener un precio, ventaja o contraprestación a cambio”.⁴⁸⁴

En la misma línea se ubica en Portugal Menezes Cordeiro, quien señala que dicha práctica implicaría que se desvirtúe totalmente el ente colectivo, abriendo las puertas a un control disociado de la titularidad del capital, y las ventajas irían, en último

⁴⁸¹CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios...*, op. cit., p. 469.

⁴⁸²MAMBRILLA RIVERA, V., *Caracterización jurídica...*, op. cit., p. 328.

⁴⁸³VICENT-CHULIÁ, F., “*Licitud, eficacia...*”, op. cit., pp. 1232-1233.

⁴⁸⁴MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., p. 115.

caso, a ser conferidas a costa de la sociedad. Tendríamos, según este autor lusitano, una grave fuente de perjuicios para los otros socios y los acreedores sociales.⁴⁸⁵

Se ha considerado, como veíamos, a la compra de voto como inmoral, y por tanto no susceptible de secundarse por el ordenamiento, por repugnar al tipo sociedad, el cual se vería afectado si los votos terminaran comprándose.

Cabe preguntarse cuál es el bien jurídico protegido en los casos de prohibición, como el citado § 405 3), 6 y 7, de la AktG de 1965.

Para algunos es la protección de la formación de la voluntad del órgano social, de modo de evitar que un socio vote contra su convicción real; se protegería así la libertad para adoptar la decisión por un socio y preservaría la formación de la voluntad social. Pero estos argumentos comportarían en todo caso rechazar la posibilidad de celebrar un convenio sobre el voto; son los mismos argumentos que con carácter general la doctrina fue desestimando, para aceptar los convenios sobre el voto, donde un accionista puede pensar, por ejemplo, que no es conveniente autorizar la venta de un bien, pero su sindicato decide que sí y debe votar en ese sentido, en función de la situación jurídica en la que se encuentra.⁴⁸⁶

Desde otra perspectiva, puede partirse –y así parece surgir de quienes colocan el negocio como contrario a la moral– de que siempre que alguien cumple una contraprestación a cambio de un voto, en cierto sentido pretende causar perjuicios a la sociedad o en su caso está orientado por sus propios intereses más que por el interés social. Pero tampoco esta explicación es pasible de aceptarse, para excluir el negocio con carácter general debería acreditarse en su caso tal hecho y analizar sus circunstancias. Tampoco resulta satisfactoria la fundamentación que hace caudal de que la prohibición de votar en cierto sentido recibiendo una contraprestación, en dinero o bienes, tiene base en apartar de la sociedad la existencia de ventajas o provechos extraños al funcionamiento de la sociedad, pues, por ejemplo, podría consistir la ventaja o provecho en un dividendo mínimo.

En el ordenamiento portugués, el literal c) del numeral 3 del art. 17 de la LS comerciales de ese país prevé que *“São nulos os acordos pelos quais um sócio se obriga a votar [...] exercendo o direito de voto ou abstando-se de o exercer em contrapartida de vantagens especiais”*.

⁴⁸⁵MENEZES CORDEIRO, A., *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 740; *apud* GUIMARÃES FIALHO D' ALMEIDA, R., *Os Acordos Parassociais...*, *op. cit.*, p. 139.

⁴⁸⁶GUIMARÃES FIALHO D' ALMEIDA, R., *Os Acordos Parassociais...*, *op. cit.*, p. 38.

Ante esta solución legislativa, alguna doctrina lusitana se plantea que esta – que en los sistemas que no tienen consagración se obtiene invocando la nulidad del objeto o de la causa– comporta como consecuencia, reconocer a quien se vinculó la posibilidad de exonerarse de cumplir invocando la nulidad absoluta del negocio. Por otro lado, si dos socios celebran dicho negocio que recibe esa consecuencia diversa de lo que pretendían, en vez del secundamiento la nulidad, la norma se transforma en meramente programática. El efecto práctico de esta nulidad es que posibilita la desvinculación de uno de los dos socios invocando la nulidad absoluta del acuerdo. Lo que para cierta doctrina lusitana enfrenta el asunto con la teoría de los actos propios, *venire contra factum proprium*.⁴⁸⁷

A esta altura del análisis corresponde determinar si la obligación de votar que asumiría uno de los otorgantes implica votar en determinado sentido. En este caso se daría la situación pasible de contrariar el orden jurídico, por cuanto aquí la ventaja o provecho es lo que da sustento a la expresión de voluntad. En cambio, si se tratará de la mera obligación de expedirse, sin indicar el sentido en que debe votarse, debería estar comprendida en el derecho portugués, pues también se está ejerciendo el voto por causa de la contrapartida.

Podría plantearse si las mismas razones militan para excluir el caso en que el socio se obliga a abstenerse, pues la situación planteada presupone que este se obliga a votar y aquí se está absteniendo. Sin embargo, la cuestión se termina reconduciendo a la misma valoración negativa en el Derecho portugués, pues la abstención tiene como causa la contraprestación a cargo del otro sujeto.

Son susceptibles de ser calificados como de objeto o causa ilícita, según el alcance que se dé a cada categoría, los negocios por los cuales un socio se obliga a ejercer su derecho de voto en cierto sentido o se obligue a abstenerse, recibiendo en contrapartida ventajas o provechos especiales.

⁴⁸⁷LANÇA SILVA, H., *Os acordos parassociais no direito português*, ESTIG – Instituto Politécnico de Beja, Beja, 2000, p. 80, disponible en <http://www.verbojuridico.net/doutrina/comercial/acordoparassocial.html>, consultado el 25 de febrero de 2021. Cabe agregar, a nivel de consecuencias, que en sistemas como el uruguayo, donde la causa y el objeto ilícito no dan lugar a la repristinación de las situaciones jurídicas, quien recibió por adelantado la contraprestación no está obligado a reintegrarla, debiendo agregarse además el debate en la doctrina civilista –dependiendo del orden jurídico– en cuanto a si es admisible que los pactantes invoquen la nulidad absoluta.

Pero también en dicho sistema jurídico, o aun en los que no hay una norma expresa, para los que sostienen que el negocio es contrario a la moral cabría preguntarse si la prohibición alude a la abstención en sentido técnico o a no asistir a la asamblea a cambio de una contraprestación. Parece que las razones de la prohibición son las mismas.⁴⁸⁸ Queda excluida claramente de la regulación portuguesa la situación en que se acuerda, a cambio de una contraprestación, que el socio deba asistir a la asamblea o estar representado en ella, para formar ciertoquórum, o incluso la de participar en el debate, por ejemplo, por tener determinados conocimientos especiales sobre el asunto o por entenderse valioso su aporte, o decisivo, pues otros confían en su criterio y prudente ponderación.

La reprochabilidad intuitiva del comportamiento percibida por la dogmática concierne a la prohibición de pactos por los cuales un socio, guardando para sí el ejercicio personal del derecho de voto, sin integrar por ejemplo un sindicato de socios al amparo de un convenio de sindicación, comercializa la determinación de la respectiva orientación del voto.

Sin embargo, el asunto deviene más problemático, como destaca acertadamente Guimarães, al preguntarse qué situaciones encartan, cómo se tipifica esa enajenación del voto; por ejemplo, el votar en cierto sentido o abstenerse de votar teniendo como contrapartida ventajas o provechos que permitan establecer una relación sinalagmática entre el comportamiento y la contraprestación. La doctrina y jurisprudencia alemanas, seguidas por la portuguesa, sistemas en los que existe prohibición expresa al respecto, han tenido una interpretación restrictiva al determinar el alcance de las normas que se extraen de los respectivos enunciados (§ 317 del HGB y § 299 de la AktG de 1937, antecedentes del actual § 405 (3), 6 y 7, de la AktG de 1965).

Así, no se han considerado prohibidos los acuerdos, usuales en la práctica entre dos grupos de socios o accionistas, que tienden a generar ventajas para ambos grupos. Tampoco a casos de cesión del derecho de voto, pero destacando que un acuerdo de voto no puede consistir en la cesión del derecho de voto separado de la transmisión de la acción.

Es dable descartar la observación que dirá: en casos de usufructo o prenda puede verificarse la cesión, pues en estos casos no hay una transmisión del derecho de voto del titular de la acción a otro que no lo es, lisa y llanamente, sino que la

⁴⁸⁸ Entre otros, TRIGO, M.^a G., *Os acordos parassociais sobre o exercício...*, op. cit., p. 163; apud GUIMARÃES FIALHO D' ALMEIDA, R., *Os Acordos Parassociais...*, op. cit., p. 276.

transmisión se produce por imperio de la ley o porque la ley en ciertos casos confiere autonomía privada al titular de la acción para convenir con el otro titular del derecho real, cuál de ellos ejercerá el voto.

La intransmisibilidad del derecho de voto deriva del propio concepto de sociedad, es posible reiterar que nos referimos al negocio que tenga por objeto la cesión del derecho de voto, no a la hipótesis de sindicación de accionistas, donde el derecho de voto sigue correspondiendo al titular, tampoco al supuesto en que se divide el sujeto de la voluntad del sujeto del interés —representación—.

Quien transmitiera a otro su derecho de voto, dejaría de ejercer la actividad en común propia del tipo contractual sociedad, aunque mantuviese sus derechos patrimoniales.

Todos esos derechos son consecuencia del ejercicio de la actividad en común, y quedan sin justificación si se entendiera transmisible el derecho de voto, lisa y llanamente. En un pacto sobre el voto se está regulando cómo ejercer la actividad en común o cómo actuar en tanto socio o accionista y en este negocio de cesión del derecho de voto, que no es admisible, se regula, por el contrario, el dejar de ejercerla.

En caso de votar recibiendo ventajas especiales, al igual que en un convenio de sindicación para el voto, no se está separando el derecho de voto de la titularidad de la acción, cuota o parte social, sino que lo cuestionado es si es admisible ejercer la actividad en común, con la finalidad de recibir una ventaja o provecho a cambio de votar en cierto sentido.

Difícil es determinar, a su vez, cuándo puede calificarse una situación de esta forma, qué debe entenderse por ventajas especiales; simultáneamente esto comporta un riesgo, pues si el concepto se extiende en demasía, podrían verse alcanzados negocios en los que no se invade la esfera jurídica ajena, no se causa daño injusto.⁴⁸⁹

En esa línea, lo primero es constatar la existencia de un contrato sinalagmático cuyas prestaciones correspectivas impliquen voto si se recibe una ventaja o provecho.

⁴⁸⁹TRIGO, M.^a G., *Os acordos parassociais sobre o exercício...*, op. cit., p. 164; *apud* GUIMARÃES FIALHO D' ALMEIDA, R., *Os Acordos Parassociais...*, op. cit., p. 277.

Situación diversa de la verificada, siempre que se realiza un acuerdo en relación con el voto, integrándose en un contrato plurilateral asociativo como la sindicación, en el que también se espera obtener ventajas aunque generadas en el accionar común. Pero justamente esas ventajas deben ser comunes a los sindicatos, las prestaciones son convergentes y la ventaja o provecho es común, así los sindicatos determinarán cómo distribuyen los cargos, a quién contratan en cargos técnicos, o cómo los reparten entre ellos, según sus respectivas competencias profesionales, y esto es perfectamente legítimo.

En cambio, en el supuesto ahora planteado, en vez de ejecutar la obligación emergente del contrato plurilateral, el socio al votar está cumpliendo una obligación que tiene su causa en la ventaja o provecho que se le prometió. La ventaja o provecho comprometido en el caso que nos ocupa no son los que derivan del propio resultado de la votación; así, no puede calificarse de una ventaja especial ajena a la actividad, la designación de alguien en un determinado cargo, lo que podría obtenerse de por sí ejerciendo el voto, por lo que es una ventaja normal, propia de las vicisitudes de la vida social.

La contraprestación a considerar en el supuesto en análisis tiene como beneficiario a quien se obliga a votar o en caso de estipulación para otro a un tercero; lo relevante es la reciprocidad de las obligaciones asumidas, la equivalencia de las prestaciones excluye ventajas o provechos sin significación, que no lleguen a conformar una relación sinalagmática. Es también indiferente en la valoración si el sujeto sufraga personalmente o si lo hace a través de representantes.

Cabe preguntarse si el mero hecho de recibir una contraprestación por el ejercicio del derecho de voto significa la nulidad del negocio. Para la perspectiva que ubica el asunto en cuestiones relacionadas con la moral, resultará irrelevante que la sociedad resulte perjudicada, para señalar que existe objeto ilícito en el pacto.

En los ordenamientos como el alemán o el portugués, donde existe una prohibición especial en ese sentido, el asunto no refiere a la moral, sino que la conducta resulta prohibida explícitamente.

En los ordenamientos en que no se encuentran expresamente prohibidas estas prácticas, dependerá del alcance de la moral, y esto lleva el asunto a precisar cuál es el alcance de la moral en cada caso. Obsérvese que el cuestionamiento moral dice relación con que se asume que de allí puede extraerse un límite por el que no son

comercializables las facultades otorgadas por el ordenamiento para gobernar la sociedad.

Sin llevar el asunto a terrenos de límites morales, la objeción podría estar fundada en la causa, así el que vota a cambio de una ventaja o provecho no ejerce la actividad en común, sino que cumple con una obligación fundada en una contraprestación. Sin embargo, contemporáneamente, el voto no es visto como una función, sino como un derecho conferido para que el socio pueda participar en la finalidad común y al no estar prohibido recibir contraprestación por el voto, no merecería de regla, reproche. Aunque en esta línea podría entenderse que se está en una situación de abuso de derecho, pero para concluir esto debería ponderarse qué consecuencias tuvo el voto, la ilicitud ya no alude a un supuesto de objeto ilícito, sino a que ante un contrato válido se abusa del derecho al votar.

También podría postularse que las contraprestaciones por el voto entrañarían una disociación del riesgo en relación con el capital, pues vote lo que vote, el que comercializó el voto es titular de un crédito. Esto no resulta compatible, porque en tanto socio, este mantiene el riesgo, sea que reciba una contraprestación por su voto o no; lo trascendente en todo caso es si su comportamiento implica un obrar ilícito ya que con su voto, al cumplir su obligación de votar, en cierto sentido actúa generando daños injustos, pero el mismo, el voto por el que recibe contraprestación puede ser excelente para la marcha de los negocios sociales. Nuevamente nos ubicamos ante un contrato válido y eficaz, cuyo cumplimiento y cuyas consecuencias al dictarse el acto por el órgano social deben evaluarse, pero podría comportar las mismas consecuencias un voto que se hubiere emitido sin contraprestación alguna o en el marco de un contrato plurilateral, convenio de sindicación.

Con lo que viene de señalarse queda clara la separación entre el contrato por el cual alguien se obliga a votar en cierto sentido a cambio de una contraprestación y el acuerdo social del que ese sujeto participó, que tiene autonomía estructural. Los argumentos y la conclusión a que se arribe resultan aplicables tanto a la situación en que la comercialización del voto se da con la finalidad de que se vote en una instancia de reunión de junta –asamblea de socios o accionistas– como cuando tiene por objetivo que se vote en una instancia de reunión de un sindicato de accionistas, que a su vez

determinará cómo votarán sus integrantes en la junta o asamblea. En efecto, estas últimas también son actos jurídicos que se dictan en el marco de la estructura asociativa no societaria, que genera un convenio de sindicación para el voto. Sin embargo, esta última conclusión dependerá de la tipificación negocial de un convenio de sindicación de accionistas y, consecuentemente, del régimen jurídico aplicable, aspecto que estará sujeto al Derecho positivo, según se viera *supra*.

El negocio de comercialización del voto es un negocio estructuralmente separado de la instancia de reunión de la junta y de la reunión de los sindicatos. Los vicios estructurales de dicho negocio, por ejemplo, la nulidad, si se entiende que se trata de un negocio contrario a la moral, no inficiona la decisión de la reunión de socios, en una junta –asamblea– o en un sindicato de accionistas. Si se entiende que el negocio de comercialización del voto es nulo, el efecto será el de la nulidad prevista en los respectivos códigos civiles. En los sistemas español, argentino y uruguayo podrá sostenerse que se trata de un supuesto de objeto o en su caso de causa ilícita por contrariar la moral, lo que abre el asunto a debate en cuanto los alcances de lo moralmente apropiado. En este sentido, en la actualidad, la dogmática sigue señalándolo como un negocio ilícito, se trata de un caso de nulidad absoluta. En el Derecho brasileño, la nulidad podría verse con mayor claridad, ya que los negocios están sometidos al análisis de la función social del contrato y en ese sentido defeccionaría.

A nivel de impugnación de las decisiones asamblearias por razones de nulidad, debe estarse a lo que específicamente se prevé en el ordenamiento societario y las deliberaciones serán impugnables solo en los casos expresamente habilitados, por contrariar la ley, el estatuto o el interés social, concepto cuya polisemia a nivel de la dogmática hemos relevado; ello sin perjuicio de las acciones por responsabilidad civil en caso que se verificara un daño injusto que tuviera como fundamento el voto de algún socio, aun cuando la resolución social sea válida.

Para el caso de “votos vendidos” en las reuniones de socios sindicados, el asunto no se debe relacionar con un tema de validez, sino con un supuesto de responsabilidad civil, en particular, verificando si el socio al votar ha incumplido con los deberes decurrentes de la buena fe objetiva. Pero constatado tal apartamiento de la buena fe objetiva, el mismo tiene impacto a nivel de responsabilidad civil por el incumplimiento de las obligaciones emergentes del convenio de sindicación.

viii) Convenios en los que participan terceros

Al analizar los componentes personales del pacto se señaló que en principio tales acuerdos eran lícitos. Debe estarse a lo que concretamente surja de la norma para analizar si el objeto es ilícito o no.

Señala Rossi en Argentina que el problema que dichos acuerdos plantean suele ser delicado, pues pueden implicar una cesión del voto, que normalmente quedará subordinado al del acreedor interesado en hacerse del control de la sociedad. Ante estas situaciones puede estarse en casos de financiamiento a largo plazo, de determinados proyectos o emprendimientos respecto del acreedor.

Cuando la cesión provenga de un sindicato de mando y se vincule con dichas financiaciones, se habrá generado una “holding de facto”, que a juicio del autor en cita transgrede los límites de validez de los sindicatos. Esta consideración es dable, a juicio del privatista argentino, cuando, aun suscrito solo por socios, el convenio contenga cláusulas cuya aplicación conduzca a que un tercero concluya determinando el contenido del voto respecto a ciertas materias; de este modo considera el autor en cita que en este supuesto, cuando se están dejando en manos del acreedor decisiones relativas a políticas de inversiones, de acceso a otros créditos, de reservas o reparto de utilidades o de designación de los administradores, se afectan aspectos estructurales del funcionamiento de la sociedad.

Agrega este privatista que el bloque minoritario resulta lesionado de esa forma, y no dentro de la democracia accionaria, a través de políticas extrapoladas, fundando la inadmisibilidad de estas estipulaciones, en el ejemplo de la solución moralizadora de la jurisprudencia norteamericana en este tópico.⁴⁹⁰

Como se dijo al analizar los posibles otorgantes, aludiendo a los convenios que atingen al comportamiento de los administradores, no resulta de principio la ilicitud si los espurios fines a los que alude Rossi, que recuerdan a los convocados por Menéndez Menéndez cuando citaba los convenios que incidían en la administración como “instrumentos ficticios al servicio de intereses extrasociales”, no se verifican.⁴⁹¹

⁴⁹⁰ROSSI, H. E., “Oponibilidad y cumplimiento...”, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁹¹*Apud* ANAYA, J. L., sentencia citada.

El tema se resume al analizar si hay o no daño injusto. ¿Qué acontece si esos daños tienen su origen en las decisiones adoptadas en el directorio, al más puro “interés social” para quienes entienden cargado de algún significado este concepto, o en las adoptadas en el órgano de gobierno al legítimo interés de un grupo de socios?

Debe concluirse en la licitud del pacto, donde se debe identificar, para señalar la ilicitud de la estipulación, cuál es la norma vulnerada.

Admitida la creación de normas al respecto, generadas por el convenio de sindicación, en el funcionamiento del sindicato, el juicio de responsabilidad debe efectuarse una vez emitido el voto si hay daño injustificado.

ix) Aprobación de estados contables - exoneración de responsabilidad a los directores - renuncia a ciertos derechos

Es pasible de análisis si la emisión del voto para la aprobación de los estados contables constituye una declaración de voluntad o una mera constatación, o en su caso una declaración de voluntad, que tiende a una afirmación susceptible de verdad o falsedad, esto es, si se refleja razonablemente, conforme lo indicado en las normas internacionales de contabilidad aplicables, el estado de la situación patrimonial y el de los resultados de la sociedad. De ser posible, podría constituirse en materia a ser regulada por el Convenio, una determinada valoración en varios sentidos respecto de dichos estados contables, si se estima que la aprobación constituye una actividad estimativa opinable o un verdadero acuerdo en la política de dirección social.

El contenido del derecho a la información varía según el tipo social y la legislación respectiva, este debe ser ejercido de buena fe y para un fin determinado; en el caso de sociedades anónimas consiste en poder participar en las asambleas debidamente informado. La legislación establece, según el tipo social, los alcances de ese derecho, el cual se intensifica en las sociedades donde no funcionan órganos de fiscalización. Respecto a los derechos de información de socios y accionistas, la limitación a estos, más allá de las que consagra cada legislación en cuanto a la información a la que pueden acceder, parece un supuesto de objeto ilícito. La dogmática señala al derecho de información como inderogable, e irrenunciable.⁴⁹²

Respecto a un pacto por el que se limite la posibilidad de convocar la responsabilidad civil de los directores o administradores, este ha sido reputado como

⁴⁹² Cfr. MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., n. 98.

contrario al orden público por cierto sector de la doctrina;⁴⁹³ en tanto para otro sector, es válido, si la renuncia alcanza los supuestos de responsabilidad subjetiva basados en el factor de atribución culpa por parte de los directores, no así en caso de dolo.⁴⁹⁴

x) *Modificación de los estatutos o del contrato social*

Resulta lícito establecer como contenido normativo del convenio, aquel del que surja la obligación de votar de acuerdo con lo resuelto en el sindicato respecto a la modificación del estatuto o del contrato social. En cada caso, deberá apreciarse el contenido del convenio, a fin de determinar si esa licitud, que es de principio, no resulta conmovida por el contenido específico de lo pactado.

xi) *Licitud del objeto cuando se imponen limitaciones a la transmisibilidad de las partes sociales o acciones “Convenio de bloqueo”*

Más allá de las limitaciones legales para ciertos tipos sociales, pueden establecerse estipulaciones en un convenio de sindicación que importen limitaciones a la transmisibilidad de las partes sociales cuando ellas no surgen del contrato social.

En la doctrina brasileña, De Miranda Valverde indicaba que no existe duda respecto a que las restricciones a la circulación de acciones concurren para alejarlas del mercado, impidiendo el ingreso a la sociedad de que se trate de personas que pueden tener interés en su ruina, o no ofrecen las garantías morales o pecuniarias necesarias, requeridas según el criterio de los accionistas pactantes. Este tipo de pactos tiene en vista muchas veces garantizar la estabilidad de administración de la sociedad; de esta forma constituyen un medio indirecto para impedir que la sociedad, de un momento a otro, caiga en manos de la competencia, o de personas que no se preocupen más que del lucro inmediato.⁴⁹⁵

En el ámbito de las sociedades anónimas, entre los autores uruguayos se ha planteado el tema, ante la imposibilidad de que el estatuto fije determinados límites a la

⁴⁹³ *Ibíd.*, p. 120.

⁴⁹⁴ PAZ-ARES, C., “La validez de los pactos”, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁹⁵ DE MIRANDA VALVERDE, Trajano de Miranda, *Sociedades por ações*, 2ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1953, p. 211; *apud*. CONTI CRAVEIRO, M., “Pactos Parassociais Patrimoniais...”, *op. cit.*, n. 217.

transmisibilidad de las acciones de acuerdo con lo dispuesto en el art. 305 de la LS uruguaya. En dicho orden jurídico, si se cumplen los requisitos del art. 331 de la LSC, las estipulaciones del convenio devienen Derecho positivo aplicable a la sociedad (ver Capítulo séptimo).

La autora uruguaya Holz expone un conflicto entre lo dispuesto por el art. 305 de la LS de su país y el art. 331 *eiusdem*, que prevé la posibilidad de celebrar pactos parasociales sobre las acciones limitando su comercialización, y postula la posibilidad de fijar como objeto del convenio, limitaciones a la transmisibilidad de las acciones, aunque no en cualquier caso.

A juicio de esta autora, el conflicto no se plantea mientras el convenio subsista como un pacto parasocial, pero sí cuando se cumplen las exigencias del art. 331, con las consecuencias antedichas. Al respecto, afirma que podrá corresponder la aplicación a estos acuerdos de la restricción dispuesta por el art. 305, cuando un convenio de sindicación otorgado, por ejemplo, por una fuerte mayoría o la totalidad de los accionistas de una sociedad, prohíba la enajenación de las acciones de sus integrantes.

Entiende la autora que la conservación y tutela de la libertad de transmisión de los títulos dispuesta en el art. 305 de la LS uruguaya, es un principio que informa y subyace a toda la regulación de las sociedades anónimas. Y este principio no puede ser soslayado por una vía oblicua, que es la que resultaría de ampararse en el tenor literal del art. 331 del mismo cuerpo normativo.

La aplicación de esta última disposición –agrega la autora– no puede vulnerar uno de los principios que inspiran a esta parte de ese ordenamiento jurídico y puntualiza que el art. 331 admite la existencia de acuerdos de sindicación aun en caso de que los títulos en poder de los otorgantes sean al portador, “lo cual es rechazado por el art. 305 relativamente a la estipulación contractual de cláusulas que limitan la transmisibilidad de los títulos”. “Nuevamente, el conflicto entre las dos disposiciones surge únicamente cuando el acuerdo de sindicación se torna oponible a la sociedad y a terceros”, y expresa, luego de señalar el carácter de documento con “naturaleza jurídica de título valor” del que representa la acción al portador: “Si bien el punto es opinable, creemos que debe prevalecer la norma del art. 305, ya que la inadmisibilidad de restringir la circulación de las acciones al portador es un principio que informa no solo toda la regulación de la ley LS, sino también de la ley 14701”. Señala además que frente a terceros adquirentes, aun cumplidos los requisitos del art. 331, será ineficaz la

limitación a la circulación originada en el convenio y que en ese caso se desnaturaliza el título al portador como tal, y citando a Olivera García invoca a favor de lo expuesto, la propia naturaleza de un título al portador.⁴⁹⁶

El art. 305 de la LS uruguaya, luego de referirse a que la transmisibilidad de las acciones será libre, admite que el estatuto prevea limitaciones a dicha transmisibilidad en el caso de las acciones nominativas o escriturales.

Entonces, cabría inferir que la transmisibilidad de las acciones al portador, en dicho ordenamiento, no podría limitarse de manera alguna; sin embargo, el art. 331 de la LS uruguaya establece la validez del convenio que tenga por objeto la compra y venta de acciones; de este modo, es posible restringir la enajenabilidad de cualquier tipo de acciones, aun las acciones al portador. Holz, sostuvo que *a priori*, la prohibición de enajenar incluida en un convenio de sindicación sería válida.⁴⁹⁷

Luego de recordar que en la tesis de Holz, respecto a las acciones escriturales o nominativas, cuando la mayoría o la totalidad de los accionistas pacte dicha limitación debe aplicarse la restricción del art. 305 y no serían legítimos los sindicatos de bloqueo referidos a acciones al portador, señala otro autor uruguayo, Hargain, que no comparte lo expuesto por Holz y puntualiza: “A esta altura de los acontecimientos, me parece que esto resulta un despropósito, sencillamente, porque la mayoría de los sindicatos de accionistas se celebran en sociedades con acciones al portador”. “Por otra parte entiendo que el artículo 305 es una norma que rige en materia de contenido del estatuto, mientras que el 331 refiere a otra realidad, que es el contenido de los convenios de sindicación. En consecuencia, no podemos extender la prohibición que rige sobre una materia, hacia temas diferentes”.⁴⁹⁸

La frecuencia o infrecuencia del pacto no es un criterio certero para el abordaje de la cuestión. Es cierto que el art. 305 de la LS uruguaya refiere a las estipulaciones estatutarias, y a la propia naturaleza de la acción, de modo tal que si se pactan limitaciones a la transmisibilidad de las acciones al portador, estas no serán acciones al portador en los términos de la ley uruguaya.

⁴⁹⁶OLIVERA GARCÍA, R., “Restricciones Estatutarias a la transferencia de acciones”, en *A. D. Com.*, II, p. 218, Montevideo, 1997.

⁴⁹⁷HOLZ, E., *op. cit.*, pp. 143-144.

⁴⁹⁸HARGAIN, D., “Sindicación de Acciones”, ponencia del 14 de abril de 1994, *Asociación de Escribanos del Uruguay*, versión taquigráfica de María de los Ángeles Alcalde, p. 12.

Aquí debe tenerse presente, además, la diferencia que puede existir en la situación en que el estatuto explicita que no podrá limitarse la libre transmisibilidad de las acciones o que guarde silencio al respecto, si lo señala explícitamente, devienen aplicables las consideraciones efectuadas al analizar la conexidad contractual. Si el estatuto guarda silencio al respecto, advertidos de la incorporación a las normas jurídicas aplicables a la sociedad de aquellas que surgen del convenio de sindicación, cuando se cumplen los requisitos del art. 331 de la ley uruguaya, resulta pertinente preguntarse si la limitación del art. 305 es aplicable al contenido de dichos convenios.

La respuesta es que no, en tanto lo dispuesto en el convenio de sindicación no pasa a formar parte del estatuto o del contrato social, por más que se aplique a una sociedad y a unos socios en un tiempo determinado.

Los mecanismos de perfeccionamiento, extinción y los efectos del contrato “convenio de sindicación” –especie– o del pacto parasocial –género–, son otros distintos de los del estatuto, en definitiva debe estarse en este segmento a un criterio orgánico formal, respecto al análisis de qué es parte del contrato social y qué no lo es.

Si cuando se perfecciona el convenio el objeto es lícito, este no puede luego devenir ilícito porque mediante la inscripción se incorpore a las normas aplicables a la sociedad.

Tampoco puede secundarse un criterio consistente en tomar en cuenta el número de componentes personales del pacto, a fin de determinar si el negocio es lícito o no lo es.

Respecto a la incorporación de las normas del convenio a las aplicables a la sociedad en el sistema uruguayo, en aplicación del art. 331, esto no transforma al contenido del convenio en una estipulación estatutaria, a la que le resulta aplicable lo que surge de la ley respecto del contenido del estatuto.

Para superar posibles objeciones respecto a una norma que simplemente imponga una obligación de no hacer a los sindicatos que, por otra parte, se resumirá a la situación de incumplimiento y la indemnización de daños si el tercero adquirente estaba de buena fe, esto es, ignoraba la situación, se han estructurado otro tipo de mecanismos en los pactos parasociales, que analizamos al estudiar el contenido de dichas normas y las garantías. (v.*infra*, Capítulo séptimo y Capítulo octavo).

B.2) La cuestión en las cooperativas

En las cooperativas, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades anónimas, los principios del tipo social no están inexpresos, sino expuestos desde hace más de cien años.

En su última formulación, hoy vigente, y recogida por algunos ordenamientos jurídicos, el Congreso centenario de la Alianza Cooperativa Internacional de Manchester, de 1995, ventiló en profundidad el tema de la identidad de las cooperativas. Esto ya había sido analizado por Lars Marcus en el Congreso de Estocolmo, celebrado en 1988. La identidad se vincula con los principios y valores cooperativos que delimitan el ámbito subjetivo de lo que connota una cooperativa. La declaración de la A.C.I del 23 de septiembre de 1995 define los principios, a nivel del movimiento cooperativo, como “pautas mediante las cuales las cooperativas ponen en práctica sus valores”. La declaración de Manchester de 1995, titulada “Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la identidad Cooperativa”, es el documento que recoge la definición de cooperativa, enuncia los valores y define los principios. En dicha declaración se agrupan los valores en dos grupos. Al primero pertenecen la autoayuda, la autorresponsabilidad, la democracia, la igualdad, la equidad y la solidaridad, indicándose que las cooperativas se basan en esos valores. En otro grupo se señalan la honradez, la transparencia, la responsabilidad social y la vocación social (preocupación por los demás).

La autoayuda se manifiesta a través de la consideración del esfuerzo propio como medio que tiene el hombre para alcanzar su propio destino. Se manifiesta en las cooperativas en la creencia de que la plenitud del individuo se exterioriza en la acción conjunta y en la responsabilidad mutua, en unión con los demás, unión que permite superar las limitaciones individuales. A partir de allí, las cooperativas fomentan la educación y el desarrollo de los socios y personas vinculadas a ellas. La autorresponsabilidad implica que los socios se responsabilizan de su cooperativa, de su funcionamiento, de su promoción en el entorno de cada uno y de su independencia. Respecto a la democracia, se hace mención a la ayuda mutua y a los procedimientos democráticos como los componentes filosóficos esenciales y constantes en el movimiento cooperativo; este valor se trasunta en el control democrático de los

miembros. La igualdad constituye una de las bases de la cooperativa, y esto debe considerarse muy especialmente cuando la dimensión de la cooperativa de base o de la federación de cooperativas adquiere gran porte. La equidad se deriva de que los socios deben ser tratados equitativamente cuando se pretende compensar su participación en la cooperativa o distribuir ganancias. La solidaridad presenta a la cooperativa como una colectividad y como tal, sus intereses trascienden lo personal para atender el interés general de la colectividad de personas involucradas, socios, empleados y en general, aquellos que se relacionan con la cooperativa. Sobre la base de la solidaridad se edifican también, desde esa doctrina, el concepto de movimiento cooperativo y de cooperación entre cooperativas. En torno a la ética, se destaca el compromiso con la honradez y la búsqueda del precio justo, la transparencia como oferta de información amplia sobre las actividades y sobre las cuentas de la cooperativa. La responsabilidad social atinge al compromiso de las cooperativas con las comunidades que integran, con las personas que viven en el medio y con el entorno en el que están inmersas, así como refiere a aportes de cooperativas de países con niveles de ingresos superiores a otros con escasos niveles de ingresos.⁴⁹⁹

⁴⁹⁹ Los principios explícitos del cooperativismo universal en los actuales enunciados dados por la Alianza Cooperativa Internacional desde el Congreso de Manchester (1995) son los siguientes: 1. *Afiliación voluntaria y abierta: Las cooperativas son organizaciones voluntarias, abiertas a todas las personas que quieran utilizar sus servicios y que deseen aceptar las responsabilidades de la afiliación, sin discriminación de género, social, racial, política o religiosa.* 2. *Control democrático de los miembros: Las cooperativas son organizaciones democráticas controladas por sus miembros, que participan activamente en el establecimiento de sus políticas y en la toma de decisiones. Todas las personas que desempeñan la función de representantes seleccionados son responsables ante los miembros. En las cooperativas primarias, todos los miembros tienen el mismo derecho a voto (un miembro, un voto). En otros niveles, las cooperativas también se organizan de manera democrática.* 3. *Participación económica de los socios: Los socios contribuyen de forma equitativa al capital de la cooperativa y lo controlan democráticamente. Al menos una parte del capital suele ser propiedad común de la cooperativa. Cuando corresponde, los miembros suelen recibir una compensación limitada sobre el capital suscrito como requisito de la afiliación. Los miembros destinan los beneficios a cualquiera de las siguientes finalidades: desarrollar su cooperativa (por ejemplo mediante la constitución de reservas, una parte de las cuales es indivisible), beneficiar a los miembros en proporción a sus transacciones con la cooperativa; o apoyar otras actividades aprobadas por la afiliación.* 4. *Autonomía e independencia: Las cooperativas son organizaciones autónomas de autoayuda gestionadas por sus miembros. Si se llega a un acuerdo con organizaciones externas –incluidos los gobiernos–, o se aumenta su capital de fuentes externas, deberá hacerse de forma que se asegure el control democrático de sus miembros y se mantenga la autonomía de la cooperativa.* 5. *Educación, formación e información: Las cooperativas ofrecen educación y formación a sus miembros, representantes elegidos, directores y empleados, para que puedan contribuir de forma efectiva al desarrollo de sus cooperativas. Asimismo, informan al público general –particularmente a los jóvenes y a los líderes de opinión– sobre la naturaleza y los beneficios de la cooperación.* 6. *Cooperación entre cooperativas: Las cooperativas sirven de forma más efectiva a sus miembros y fortalecen el movimiento cooperativo trabajando con estructuras locales, nacionales, regionales e internacionales.* 7. *Compromiso con la comunidad: Las cooperativas trabajan para el desarrollo sostenible de sus comunidades a través de políticas aprobadas por sus miembros.*

Estos principios explícitos no excluyen en las cooperativas la posibilidad de celebrar pactos parasociales, pero sí inciden en cuanto a lo que es posible pactar, en modo diverso a lo que acontece en las sociedades comerciales.

Señala el tratadista argentino Alfredo A. Althaus,⁵⁰⁰ que la cooperativa se presenta, desde el punto de vista estrictamente jurídico, como un instituto en cierto modo híbrido, en el que coexisten notas que reflejan el ideario socialista utópico que anidó en sus primigenios inspiradores con otras propias de las estructuras organizativas de empresas de impronta capitalística que adoptó, con algunas adecuaciones. Así, el tipo social cooperativa asumió su propia identidad, revelándose las tensiones entre su originaria concepción como un instrumento de transformación social al servicio de los sectores económicamente más necesitados y el rol que en general desempeña hoy como herramienta policlasista de la que hacen uso las más amplias y diversas capas de la sociedad, muchas veces exhibiendo despreocupación por aquellas inquietudes reformistas iniciales. Ese hibridismo se advierte con especial claridad en el régimen de los fondos sociales o comunes de la cooperativa, el cual es de carácter mixto, coexistiendo una propiedad individual, congruente en lo fundamental con la noción de capital en las sociedades, y otra colectiva, expresada con fuerza en las reservas substraídas al dominio de los asociados, respondiendo a una concepción patrimonial, propia de las asociaciones. La tensión entre lo individual y lo colectivo estuvo siempre presente en la historia cooperativa. Las experiencias prerrochdaleanas, coherentes con el rechazo del pensamiento socialista utópico a toda renta obtenida sin trabajo, fracasaron.

Los “Pioneros de Rochdale” implementaron una solución, retribuyendo al capital, aunque en medida limitada –pero no mezquina–, para asegurar la obtención del financiamiento interno necesario para acometer la empresa común. Dieron así vida a la cooperación hacedera, que en poco tiempo se mostró exitosa y alcanzó una gran difusión universal. En el devenir histórico, el péndulo osciló repetidas veces, aproximándose alternativamente a una mayor tutela de lo individual o de lo colectivo, al influjo de controversias ideológicas en el marco de la doctrina cooperativa, así como de los imperativos planteados por la mutante realidad económica y social.

⁵⁰⁰ Prólogo a la primera edición de AMORÍN, M. y ALGORTA, P., *Sociedades Cooperativas...*, op. cit.

En Brasil se dictó la ley nacional que reguló con carácter general las cooperativas, vigente hasta hoy con modificaciones en 1971; en la Argentina en 1973; en Uruguay, los movimientos sociales siempre han sido reacios a la regulación estatal, optando por fórmulas minimalistas,⁵⁰¹ una ley mínima de 1946 regulaba las cooperativas, generándose luego una profusa e incompleta legislación puntual, hasta el dictado de la ley del sistema cooperativo en 2008.⁵⁰²

En España, el art. 129.2 dio mandato a los poderes públicos de fomento de las cooperativas mediante una legislación adecuada. En la lista de materias de competencia exclusiva del Estado que contiene el art. 149.1 CE, así como en la del art. 148.1 respecto de las que corresponden a las comunidades autónomas, no existe mención alguna a la legislación sobre cooperativas. Según lo dispuesto en el art. 149.3 de dicha Constitución: *“las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta*

⁵⁰¹ No existe en ese país ley que regule la personería y organización de los sindicatos, aunque se les reconoce con base en la Constitución de la República personería sindical.

⁵⁰² La Leybrasilense 5764, del 16 de diciembre de 1971, en su redacción vigente establece: *“Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços; II - variabilidade do capital social representado por quotas-partes; III - limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais; IV - intransmissibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade; V - singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério de proporcionalidade; VI - quórum para o funcionamento e deliberação da Assembleia Geral baseado no número de associados e não no capital; VII - retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembleia Geral; VIII - indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social; IX - neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social; X - prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa; XI - área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços”*. El artículo 2º de la ley de cooperativas argentina, LEY Nº 20.337, del 2 de mayo de 1973 establece: *“Las cooperativas son entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios, que reúnen los siguientes caracteres: 1º. Tienen capital variable y duración ilimitada. 2º. No ponen límite estatutario al número de asociados ni al capital. 3º. Conceden un solo voto a cada asociado, cualquiera sea el número de sus cuotas sociales y no otorgan ventaja ni privilegio alguno a los iniciadores, fundadores y consejeros, ni preferencia a parte alguna del capital. 4º. Reconocen un interés limitado a las cuotas sociales, si el estatuto autoriza aplicar excedentes a alguna retribución al capital. 5º. Cuentan con un número mínimo de diez asociados, salvo las excepciones que expresamente admitiera la autoridad de aplicación y lo previsto para las cooperativas de grado superior. 6º. Distribuyen los excedentes en proporción al uso de los servicios sociales, de conformidad con las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 42 para las cooperativas o secciones de crédito. 7º. No tienen como fin principal ni accesorio la propaganda de ideas políticas, religiosas, de nacionalidad, región o raza, ni imponen condiciones de admisión vinculadas con ellas. 8º. Fomentan la educación cooperativa. 9º. Prevén la integración cooperativa. 10. Prestan servicios a sus asociados y a no asociados en las condiciones que para este último caso establezca la autoridad de aplicación y con sujeción a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 42. 11. Limitan la responsabilidad de los asociados al monto de las cuotas sociales suscriptas. 12. Establecen la irrepartibilidad de las reservas sociales y el destino desinteresado del sobrante patrimonial en casos de liquidación. Son sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley”*.

Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos”. Así se dictaron una serie de leyes autonómicas que regulan las cooperativas. Actualmente, salvo las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, todas las comunidades tienen competencia exclusiva en la materia. Existen quince regulaciones específicas a través de normas legales de las respectivas comunidades.⁵⁰³

De entre la legislación cooperativa de las comunidades autónomas en España, cuyo análisis minucioso trasciende a los límites del presente, cabe mencionar la Ley 9/2018, de sociedades cooperativas de Extremadura, que en el numeral IV de su exposición de motivos se indica: “... *se declara la licitud de los pactos parasociales, para abrir esta técnica a los socios que contarán, a partir de ahora, con un instrumento nuevo de participación en la toma de decisiones*”, y en el art. 18.5 se edicta: “*Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad cooperativa*”.

Podemos señalar que en los cuatro órdenes jurídicos analizados, las legislaciones argentina y brasileña presentan una impronta más colectivista, en tanto que la uruguaya tiene, en ciertas modalidades, una impronta más individualista, admitiendo el lucro en sentido estricto, morigerado por la existencia de fondos irrepartibles. Lo mismo ocurre con las legislaciones de varias comunidades autónomas de la península ibérica, donde la ausencia de colectivismo se ve reflejado en varias legislaciones comunitarias, v. g., Andalucía.

En España también existe una ley general de cooperativas, que en cuanto a su ámbito de eficacia material, considerando las regulaciones autónomas, presenta el criterio de “actividad cooperativizada principal” y su realización en una determinada zona, para precisar la ley aplicable. La ley del Estado español se aplica a las cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias comunidades autónomas, siempre, claro está, que tengan domicilio en España, salvo que

⁵⁰³ ALFONSO SÁNCHEZ, R., “La legislación española sobre cooperativas y sociedades laborales: ¿Una respuesta adecuada a las necesidades del sector?”, en CIRIEC, N° 20/2009, pp. 10-14, disponible en https://www.um.es/ROOT/estructura/unidades/economia-social/documentos/AlfonsoSanchez_CIRIEC_20_2009.pdf, consultado el 14 de marzo de 2021.

la actividad se desarrolle con carácter principal en una de ellas, en ese caso se aplicará la ley de esa comunidad autónoma.⁵⁰⁴

Las consideraciones que se formulan de seguido alcanzan a todos los órdenes jurídicos nacionales de los sistemas que son objeto de análisis.

Es útil en este segmento la clasificación entre pactos sociales que refieren a derechos políticos, y pactos sociales patrimoniales, entendidos estos últimos como integradores de la disciplina económica vigente entre los socios pactantes vinculada a su condición de tales, respecto a estos, v. g., los que en las sociedades comerciales se refieren a la compraventa de acciones, o partes sociales.

En las cooperativas se percibirán los fuertes límites que surgen de la participación del consejo directivo –consejo de administración– en cuanto a la admisión de nuevos socios y consecuente transferencia de partes sociales y a la imposibilidad de ser sometidas a “control societario” sobre la base de especiales vínculos de tipo económico, que incidan en la autonomía y control democrático.

Sin embargo, dentro de los pactos de contenido patrimonial, son perfectamente admisibles en las cooperativas los que establezcan criterios para la venta de partes sociales. En efecto, si bien para el ingreso de nuevos socios es necesaria la aprobación del órgano competente en la cooperativa según el tipo y lo edictado en la legislación respectiva, el monto y las condiciones de la venta de las partes sociales pueden ser pactados entre los socios en un pacto parasocial.

Para determinar si es lícito un pacto que obligue a un socio a permanecer en la cooperativa por un lapso mayor al que se encuentra obligado conforme a la ley respectiva o al contrato social, devienen aplicables las menciones realizadas al estudiar la conexidad contractual. A mi juicio, dicho objeto es lícito, pues no vulnera el orden

⁵⁰⁴ Ley 27/1999 del 16 de julio: “*Artículo 1. Concepto y denominación. 1. La cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la presente Ley. 2. Cualquier actividad económica lícita podrá ser organizada y desarrollada mediante una sociedad constituida al amparo de la presente Ley. 3. La denominación de la sociedad incluirá necesariamente las palabras ‘Sociedad Cooperativa’ o su abreviatura ‘S. Coop.’. Esta denominación será exclusiva, y reglamentariamente podrán establecerse sus requisitos. 4. Las sociedades cooperativas podrán revestir la forma de cooperativa de primero y segundo grado, de acuerdo con las especificidades previstas en esta Ley*”. *Artículo 2. Ámbito de aplicación. La presente Ley será de aplicación: A) A las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal. B) A las sociedades cooperativas que realicen principalmente su actividad cooperativizada en las ciudades de Ceuta y Melilla*”.

público, salvo, claro está, que obligue al cooperativista *sine die* o por un periodo que repugne a la finalidad empresarial razonable.

Respecto a los pactos sociales que incumben a derechos políticos, cabe remitirse a lo indicado en cuanto a los límites para renunciar al derecho de información, y en lo vinculado al voto, incluido el subtipo convenio de sindicación, en particular los que establecen votar en la forma previamente acordada, podrían esbozarse argumentos para negar su admisión.

El razonamiento para negar su admisión sería el siguiente: los sujetos pueden otorgar este tipo de convenios, tienen capacidad jurídica y poder normativo, pero el objeto de las normas que se pretenderían crear respecto al voto merecería el reproche de otras normas legales que devendrían en la ilicitud del objeto del convenio, en función del tipo social en que están acordando, con el que se encuentra conexo el convenio de sindicación.

Se puede indicar, argumentando por la no admisión, que las asambleas de socios se encuentran regidas por disposiciones legales que no pueden ser modificadas contractualmente, no podrían preverse mecanismos distintos para la adopción de decisiones por los socios que las previstas para el tipo social de que se trate; así se dirá que en las sociedades anónimas sí está prevista esta posibilidad, pero no en los restantes tipos sociales, por lo que en ellos serían ilícitos este tipo de convenios. Se puede agregar en la misma dirección que los temas deben discutirse en las cooperativas en los ámbitos de deliberación previstos, en el caso dentro de la asamblea, y el instrumento solo está reservado para las sociedades anónimas.

También desde esa tesitura, podría sostenerse que cuando los legisladores, argentino, brasileño, español o uruguayo regularon, o en su caso, mencionaron los pactos parasociales, no lo hicieron para las cooperativas, de allí puede inferirse que, por ejemplo, en los convenios para el voto, el legislador reputó esencial la deliberación en la cooperativa, y por ello no se encuentra previsión al respecto.

Se puede invocar, en la postura que no se comparte, que debe tenerse en cuenta el “interés societario”, por el carácter “personal” de la sociedad cooperativa, a diferencia de las sociedades anónimas, en las que por el gran número de socios que pueden llegar a alcanzar es posible que se creen distintas agrupaciones de socios en su

interior. Sobre el concepto de interés societario cabe remitirse a lo expuesto para las sociedades anónimas, y respecto a la afirmación de que las cooperativas son sociedades personales, la misma no es compatible.

También para negar la admisibilidad de estos convenios en las cooperativas puede afirmarse que en las sociedades que no son anónimas pesa en la decisión del socio de formar o incorporarse a la sociedad, las características de los demás socios, y si se transfieren los derechos de voto y la participación en los órganos de deliberación, las expectativas de los socios se ven defraudadas. Así, también puede sostenerse que no es admisible transferir o canalizar el análisis de las situaciones fuera de las asambleas, instancia de democracia de la cooperativa; de allí a convocar a las “manos de yeso” y luego a los probos pioneros de Rochdale solo habrá un paso, efectista, pero como se verá, inconsistente en términos teóricos y alejado de la práctica cooperativa.

En la línea de cuestionar el objeto del convenio de sindicación cuando este se refiere al voto, para sociedades distintas de las anónimas, se han esbozado argumentos que claramente no son aplicables a las cooperativas de primer grado, pues en estas a cada socio corresponde un voto, pero se sustentan para las de segundo grado en caso de voto ponderado, de acuerdo con la porción de las participaciones sociales.

Así, para rechazar este tipo de convenios en las cooperativas de segundo grado podría argumentarse que afectarían el funcionamiento de los órganos societarios y de las relaciones internas en esas cooperativas de segundo o ulterior grado.

Particularmente puede aludirse a la titularidad de las partes sociales y los votos que conllevan en la cooperativa de segundo grado y al riesgo que genera para la cooperativa socia tal titularidad. Puede agregarse que la responsabilidad de la cooperativa socia en tanto tal y la atribución que le confiere el ordenamiento jurídico para votar, cumplen funciones en la estructura jurídica de la cooperativa de segundo o ulterior grado, constituyendo un auténtico sistema, que se ve desnaturalizado, contrariando las normas de la ley o el estatuto si se celebran este tipo de negocios.

Al escindirse el voto podrá indicarse desde esa postura, que no compartimos, que se vulnera el derecho de voto, el cual solo puede ser limitado si la ley lo autoriza, por si o mediante la inserción de limitaciones estatutarias y esto, en lo que involucra a la sindicación, está previsto solo para las sociedades anónimas por el art. 331 de la LSC, por lo que se estaría en presencia de una situación de objeto ilícito, o si se quiere más aún, de falta de poder normativo negocial para celebrar un convenio sobre el voto.

Hasta aquí los cuestionamientos que sería posible efectuar a un convenio de sindicación para el voto en las sociedades cooperativas.

Negar la existencia de “agrupaciones de socios” en las cooperativas, que funcionan como el subtipo de pacto parasocial conocido como “convenio de sindicación” y comportan la definición previa a través de la reunión de la agrupación – cooperativistas sindicados–, de la posición a adoptarse cuando se tratan asuntos que así lo ameritan en las asambleas –juntas– de socios, ontológicamente no resulta posible para cualquier operador que esté familiarizado con el cooperativismo. Claro que podría objetarse pasar de una premisa descriptiva a una conclusión prescriptiva, si de allí se pretendiera inferir que son admisibles, de allí el presente análisis.

De seguido relevaremos los argumentos en favor de la licitud de los pactos de voto, o de los convenios de sindicación para el voto en las sociedades cooperativas.

No se percibe que en este tipo de normas emergentes que los convenios alteren el funcionamiento de la sociedad, por el contrario, en el caso de la cooperativa, los convenios revisten el carácter de parasociales y no surten efectos respecto a la sociedad, salvo en el caso de los que se denominan “pactos de atribución”, en los que los socios, además de a votar en cierto sentido –caso de convenio para el voto– o conforme lo indicado en el sindicato que conforman, generan una estipulación para otro en beneficio de la cooperativa, dar o hacer algo a favor de aquella.

Si el convenio resulta violatorio de alguna norma contenida en el estatuto social, esta resultará ilícita y en nada repercutirá sobre el estatuto, tratándose de un caso de conexidad contractual.

Los convenios de voto solo inciden en el proceso por el cual se forma la voluntad de los socios, lo que es ajeno al ámbito de la cooperativa, salvo, por supuesto, que existieran vicios de la voluntad manifestada por el socio en las instancias societarias.

Un convenio de estas características es lícito, pues no hay razón para impedir que el socio convenga con otros. El criterio más acertado de defensa en relación con los asuntos que puedan plantearse, es considerar que el pacto no afecta a la esencia del voto, por lo que no se percibe fundamento para su no admisión, en tanto no fuere su objeto contrario a la ley, el orden público, el estatuto o las buenas costumbres.

Los convenios sobre el voto no afectan la deliberación en el órgano de gobierno, esto se verifica con mayor énfasis en la cooperativa donde se limita fuertemente la posibilidad de otorgar poder, por lo que será el propio cooperativista o su apoderado, uno por socio, que además debe revestir la calidad de tal, el que discuta y vote.

Las disposiciones aplicables a las cooperativas no establecen cuánto hay que discutir, ni cómo debe formarse la voluntad de los socios.

Justamente, el acceso a la documentación y el conocimiento previo del orden del día hacen que pueda tomarse posición sobre este último antes de la celebración del evento o reunión. Si bien el límite está dado en la especie por el interés social, este no define positivamente en qué sentido debe votarse.

El socio será responsable, respecto al sentido en que pronunció su voto, sea en cumplimiento de lo decidido previamente en su sindicato, que puede denominarse más felizmente “agrupación de socios”, en la cooperativa o no.⁵⁰⁵

En relación con las reglas sobre minorías y mayorías, estas no se ven afectadas por la celebración de un convenio sobre el voto, el convenio solo incide en los motivos por los que se manifiesta la voluntad de los socios sindicados.

Tampoco debe sorprender que sea la mayoría al interior de la “agrupación de socios” quien resuelva. Es el socio, que al contratar se somete al régimen jurídico del sindicato, quien se aviene a determinar cuál será el contenido de su voto, en función de las resultas de la interna del sindicato –que en las cooperativas se llama “agrupación de socios”– que integra. Al ser el propio socio o su representante, que debe ser socio y no puede representar a más de un socio, quien sufraga en la asamblea, no hay tal violación de las normas sobre mayorías.

En torno al elemento “*intuitu personae*”, mencionado como elemento tipificante de las cooperativas, justamente puede recurrirse a un convenio de sindicación, a fin de reforzar este carácter y operar en conjunto varios socios vinculados, estando a lo que se resuelva en la interna del sindicato.

Para las cooperativas masivas, el argumento referido al carácter de sociedad personal, claramente no es de recibo. Podrán allí agruparse los socios conforme los

⁵⁰⁵ En las sociedades anónimas será responsable el accionista al votar. A texto expreso se establece que no podrá eximirse de responsabilidad invocando un convenio de sindicación, aun cuando este ingrese a las normas aplicables a la sociedad, cumplidos los requisitos del art. 331 de la LS uruguaya, o 118 de la LSC brasileña: “§ 2º *Esses acordos não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto (artigo 115) ou do poder de controle (artigos 116 e 117)*”.

intereses que entiendan adecuados, que pueden ser variados, por ejemplo, los que quieren que la cooperativa abra más sucursales en el interior; los que pretenden que se bajen las contraprestaciones en los actos cooperativos; los trabajadores de la salud, que intentan tener un rol protagónico ampliando los servicios; los socios de Canelones que buscan la apertura de una sucursal, quienes quieren que se desarrolle el compromiso con la comunidad y se apunte a fomentar la educación cooperativa mediante la apertura de bibliotecas, entre otras infinitas situaciones.

Cabe advertir sobre otras dos objeciones que no son de recibo. La primera se refiere al voto secreto; es evidente que la previsión de voto secreto importa una limitación al poder normativo para otorgar este tipo de contratos, en los casos donde está impuesto, pues aquí la conducta no es pasible de ser referente de una convención. Sobre la segunda, respecto al control del cumplimiento de las obligaciones asumidas al emitir el voto, puede normarse la existencia de votación nominal o solicitarse dicha votación por uno o más asambleístas, en su caso, conforme lo dispuesto en el reglamento de funcionamiento de la asamblea general de socios.

Se puede agregar que no surge limitación alguna al respecto emanada desde la regla de control democrático de los miembros, en la forma que se delinea en el enunciado de la ACI, ni tampoco si se lo considera propiamente como un principio. Muchas veces, justamente la no celebración de este tipo de negocios puede generar que se acuda, en las agrupaciones de socios que se conforman en las cooperativas, sobre todo en las de cierto porte, a mecanismos alternativos, incluso radicales, como dejar suscritas renuncias a cargos que se desempeñan en los órganos sociales.⁵⁰⁶

También podría sostenerse que es inaceptable que una agrupación de socios se transforme en un grupo de control de una cooperativa, pero tales situaciones deben resolverse analizando el deber de lealtad, en cada caso, no siendo susceptible una conclusión *ex ante* que prive de validez a un pacto parasocial para el voto en una cooperativa; simplemente los pactos parasociales deben respetar las reglas que gobiernan la identidad morfológica y funcional del tipo societario.

⁵⁰⁶ Desarrollo sobre la admisibilidad de los convenios de sindicación para el voto en las cooperativas que esbozamos junto a la mercantilista uruguaya Paula Algorta, en *Sociedades Cooperativas...*, *op. cit.*, pp. 117-121.

Tanto en el supuesto de convenios de sindicación que impliquen la formación de sindicatos de voto, como en los pactos parasociales que tengan por objeto votar en cierto sentido, sea para lograr a través de la mayoría la definición de las decisiones asamblearias, dando un rumbo a la sociedad, sea para estructurar a la minoría, en ambos casos nos parece admisible el pacto.⁵⁰⁷

Mas allá de el carácter más permanente de unos que de los otros, siendo que conforme lo explicado, la agrupación de socios, que equivale a un sindicato en una sociedad mercantil, pretende influir de una manera estable y permanente en la toma de decisiones, al menos mientras se mantenga como tal y el pacto parasocial sobre el voto lo hace de forma puntual, mediante la asunción de obligaciones para un asunto o asuntos determinados; ambos deben ser analizados bajo el mismo tamiz. Señalar que una agrupación de socios repugna al sistema cooperativo equivale, a mi juicio, a señalar que un partido político repugna al sistema parlamentario. Claro que lo que sí podría ser contrario, y así lo ha entendido cierta doctrina, es la ausencia de volatilidad en la integración que comporta la situación de obligación que surge, por ejemplo, de un convenio de sindicación para el voto, que de por sí implica la conformación de una estructura en tanto contrato plurilateral asociativo de organización. Sin embargo, el socio, al sindicarse, no está renunciando a la posibilidad de votar, sino que está estructurando de modo colectivo los intereses de la mutualidad. Por otra parte, los socios deberán asistir personalmente a las asambleas o conferir poder a otro socio, que solo podrá representar a otro socio. Esta limitación se reitera en todos los ordenamientos involucrados.

En caso de funcionamiento de asambleas de delegados, existen distintos regímenes; en algunos se eligen los delegados con un mandato, en un sistema de democracia indirecta, incluso cuando existen juntas preparatorias, el delegado debe sufragar, en ciertos regímenes, conforme se le indique, por lo que no es concebible la sindicación; en otros se elige para cada ocasión, y no tiene mandato imperativo. Sobre la conformación de una agrupación de socios, en ese caso referirá a los socios de base, no a los delegados.

En el caso de voto ponderado en cooperativas de segundo o ulterior grado, cualquiera fuera el criterio de asignación del voto que habilite la legislación (v. g.,

⁵⁰⁷ Opinó en sentido diverso, la Profesora de Murcia Rosalía ALFONSO SÁNCHEZ, “La integración cooperativa y sus técnicas de realización: La cooperativa de segundo grado”, disponible en digitum.um.es › digitum › bitstream, pp. 139-144.

número de socios de la cooperativa de base, cantidad de operaciones, capital en la cooperativa de segundo grado) y en su marco el estatuto social no varía la conclusión, las cooperativas de primer grado integrantes de una de segundo grado también pueden formar agrupaciones de cooperativas, un sindicato de voto, entre las entidades cooperativas.

Admitiéndose de regla los pactos para el voto, se puede señalar que como límites adicionales a los indicados para las sociedades mercantiles deben apuntarse, conforme la regulación de independencia y control democrático de los socios, los siguientes:

i) queda excluida la intervención de terceros ajenos a la cooperativa en los pactos parasociales. Podría plantearse si son admisibles los celebrados con titulares de participaciones con interés que no son socios, por ejemplo, en los sistemas en que esta forma de patrimonio es admisible. En efecto, dichas participaciones están sujetas al riesgo de gestión e integran el patrimonio. Sin dejar de reconocer lo opinable del asunto, entiendo que estos terceros no pueden intervenir en la gestión social, en algunos sistemas se prevé que de establecerse en el estatuto integren el órgano de fiscalización (art. 67 de la LCOOP de Uruguay).

ii) En el caso de la cooperativa, al consistir su objeto en prestar un servicio y no en el lucro mercantil, el pacto deberá ceñirse a este objeto.

iii) Los convenios de sindicación de socios pueden brindar un control de la entidad a la agrupación de socios de que se trate; Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades comerciales, este control podrá verse alterado, por ejemplo, en caso de que en las cooperativas las autoridades se elijan mediante elecciones con voto secreto. En efecto, en ese caso, el carácter secreto hace que el objeto en ese segmento sea jurídicamente imposible, pues la norma que prevé el carácter secreto del voto impide disponer sobre él.

5.1.3 El objeto de los pactos parasociales - las normas jurídicas individuadas

A) Contenido básico

Como se señaló antes, se asume en la presente el objeto del contrato, como la norma creada por las partes. De este modo se analizó la licitud o ilicitud del objeto contractual, donde será ilícito el objeto si existe una reprobación de la norma reguladora de la relación obligacional y consecuentemente, de la conducta prescrita en esta.⁵⁰⁸

Las cláusulas difieren, según el tipo de convenio de que se trate y el escenario, v. g., el pacto omnilateral, donde empresas competidoras de un grupo de actividad establecen un servicio en común; sociedades anónimas masivas, donde es importante la cualidad personal de algún accionista, que a su vez, tal como si se tratase de una cooperativa se desempeña en la sociedad, aunque como trabajador asalariado; grupos de empresas afines en cuanto a su actividad y con buen relacionamiento, que generan un emprendimiento común, competidoras que agrupan para un negocio importante pero presentan escaso *affectio societatis* y desconfianza en el proceder del otro; start up que busca un socio inversor que quiere obtener el mayor lucro posible de ella; sociedad consolidada que busca un inversor para ampliar su mercado dando un salto relevante en la marcha de sus negocios, o incorporando una nueva rama de actividad; sociedades familiares, herencia de emprendedores, donde se procura morigerar la etiología impredecible de las relaciones humanas con componentes afectivos dando un marco regulatorio tendiente a la estabilidad y a perpetuar la empresa de la que viven con la riqueza de varias familias; dos socios que se conocen y quieren desarrollar un emprendimiento en común, pero no prefieren ventilar las minucias en el contrato social, que será escrutado por el registrador, optando por el formulario, a fin de que la inscripción devenga mero trámite, y regulando los asuntos “que duelen” a través de un convenio discreto; empresa que toma el control de una sociedad y los experimentados socios fundadores laboran a medio tiempo haciendo la inducción a los nuevos directores, pero les interesa asegurarse de no ver disminuido su capital e

⁵⁰⁸CAFARO, E. y CARNELLI, S., “Delimitación del concepto...”, *op. cit.*, pp. 283-291.

ingresos. La casuística es infinita, y no nos parece de recibo abordar los temas jurídicos desde el caso, mediante estudios de casos, sino hacia el caso.⁵⁰⁹

Lo normado dependerá de las concretas vicisitudes del caso. No obstante, existen cláusulas socialmente típicas en el *civil law* para estos negocios, algunas importadas del sistema angloamericano.

Adicionalmente, el negocio podrá ingresar en el subtipo convenio de sindicación, que puede ostentar estructuras complejas para la toma de decisiones asociada a una limitación a la transmisión de las partes sociales o acciones.

Trataremos de seguido enunciados característicos en diversas circunstancias, describiendo algunos con tipicidad social que puede ser apropiado incluirlos por razones de conveniencia, de forma de asegurar los resultados que pretenden los otorgantes, al menos al momento del otorgamiento.

Muchas veces se encuentran en este tipo de negocios, disposiciones iniciales que contienen definiciones estipulativas respecto al significado a asignarse al contenido del negocio, práctica importada desde el Derecho angloamericano, caracterizado por la hiperregulación de los diversos aspectos, lo que también puede apreciarse en este tipo de negocios, en particular en el subtipo convenio de sindicación. Esas definiciones, por ejemplo, indicarán qué debe entenderse por acciones, ampliando muchas veces su alcance a certificados provisorios, aportes irrevocables u otros emitidos por la sociedad de que se trate, que estuvieren en circulación con todos los derechos de preferencia y de

⁵⁰⁹La clásica objeción a enseñar el Derecho desde el caso, v. g.: escuela de casos y no hacia el caso, al decir de Popper: “De acuerdo con una tesis que tiene gran aceptación –y a la que nos opondremos en este libro– las ciencias empíricas pueden caracterizarse por el hecho de que emplean los llamados ‘métodos inductivos’; según esta tesis, la lógica de la investigación científica sería idéntica a la lógica inductiva, es decir, al análisis lógico de tales métodos inductivos. Es corriente llamar ‘inductiva’ a una inferencia cuando pasa de enunciados singulares (llamados, a veces, enunciados ‘particulares’), tales como descripciones de los resultados de observaciones o experimentos, a enunciados universales, tales como hipótesis o teorías. Ahora bien, desde un punto de vista lógico dista mucho de ser obvio que estemos justificados al inferir enunciados universales partiendo de enunciados singulares, por elevado que sea su número; pues cualquier conclusión que saquemos de este modo corre siempre el riesgo de resultar un día falsa: así, cualquiera que sea el número de ejemplares de cisnes blancos que hayamos observado, no está justificada la conclusión de que todos los cisnes sean blancos. Se conoce con el nombre del problema de la inducción la cuestión acerca de si están justificadas las inferencias inductivas, o de bajo qué condiciones lo están”. Popper, K., *La Lógica de la Investigación Científica*, 5ª reimpresión, Ed. Tecnos, Madrid, 1980, p. 27.

acrecer para la suscripción o integración de las nuevas acciones a la sociedad así como cualquier derecho respecto de acciones liberadas.

En esa línea, en lo referido a los procedimientos de limitaciones a la transmisión de las acciones podrán definirse el concepto de acciones en venta, o de accionista enajenante, de accionistas compradores, de accionistas iniciales, o incluso el concepto de administrador.

En relación con los componentes personales del acuerdo, si se trata de sujetos que se encuentran en situación de control societario como controlantes o controladas, podrán incluirse definiciones al respecto. Entre otros conceptos deberá definirse qué se entiende por control, si alude a la propiedad directa o indirecta, de acciones cuotas o partes de interés que representen más de cierto porcentaje, o si se aludirá también a posibles especiales vínculos de los que surja el control societario, incluso al interior del primer supuesto, puede discriminarse entre situaciones en las que se ostente la facultad de dirigir o hacer dirigir la administración y políticas de la sociedad; en tanto que podrá individualizarse el concepto de accionista, de aportes adicionales, el de asamblea de accionistas inclusive, o asambleas de clases de acciones o de junta general en términos de la legislación española.

En este ámbito podrá definirse estipulativamente todo lo relacionado con las decisiones de los distintos roles que pueden cumplir los accionistas en los procesos normados por las partes, tendientes a limitar la transmisibilidad de las acciones; así podrán definirse los conceptos de accionista enajenante, muchas veces. También, si se regula la administración, se podrá individualizar los asuntos que puedan sindicarse de ordinarios, especiales y en su caso especialísimos, potencialmente estableciendo diversos procedimientos para la resolución de estos.

Igualmente puede definirse el concepto de directorio, o qué se deberá entender por directores o administradores. Asimismo, el de disputa, precisando el alcance de los conflictos intersubjetivos de intereses entre los otorgantes, que podrán resolverse por autocomposición, lo que deberá ser objeto de definición si se entiende apropiado.

También, si se prevén soluciones de resolución de conflictos fuera de los estados, el concepto de árbitro, arbitraje, laudo arbitral, serán pasibles de definición.

Otro concepto que clásicamente puede generar debate es el de gravamen, por la vaguedad semántica que lo caracteriza; así, claramente ingresan el concepto de la situación en que las acciones o partes sociales se encuentran gravadas por prenda o

usufructo, u otro derecho real sobre estas, Sin embargo, puede resultar opinable si no se estipula si debe entenderse por tal, una medida judicial de no innovar, o la inscripción preventiva de una litis, u otra medida que impida, limite o incluso condicione su disponibilidad o en su caso, el ejercicio de los derechos políticos o económicos por parte de su titular.

En lo relacionado con las limitaciones a la transmisión de las acciones, deberán definirse términos como “oferente” para el caso de adquisición entre los sindicados, u “oferta”. En ciertos contextos se llega a precisar incluso el sentido de “parte”, el que parece no ofrecer dificultades, pero puede servir de base para precisar luego situaciones en que se encuentren las partes, como por ejemplo, situaciones en que una deba indemnizar y la otra recibir la indemnización por los daños que se hubieren causado ante la exigibilidad no seguida de cumplimiento de algunas de las obligaciones que se asuman; también podrán precisarse los alcances de los daños, definiéndose qué se entiende, por ejemplo, por tales, en cualquiera de sus expresiones, daño emergente, lucro cesante o pérdida de la chance, o incluso en el ámbito del daño extrapatrimonial, rubro de regla, relegado en el ámbito de la responsabilidad contractual.

Otro término al que puede precisarse el significado, siempre en el ámbito de las limitaciones a la disponibilidad a través de procedimientos reglados, puede ser el de transferencia. En este sentido podrá variarse desde situaciones puntuales, como la de comercialización de las acciones o partes sociales con base en un contrato de cambio, hasta un concepto amplio que regule los supuestos directos o indirectos, en una sola operación o en varias, voluntaria o impuesta por ley, por cualquier título, lo que comprenderá cualquier contrato oneroso o gratuito, incluidas también las transferencias a título universal de las acciones, como por ejemplo las generadas en caso de fusión, o escisión de sociedades, distribuciones o reembolsos de capital, distribuciones de dividendos en especie y aportes de capital a sociedades.

Luego de asignar estipulativamente significado a ciertos significantes, podrá especificarse otras reglas de hermenéutica para trascender “de la semiosis del signo a la semiosis del discurso”.⁵¹⁰

⁵¹⁰Expresión de CAUMONT, A., “Interpretación de los contratos de la semiosis del signo a la semiosis del discurso”, en *Rev. Crítica de Derecho Privado*, Nº 1, año 2004, Montevideo, pp. 59-71.

Así, determinado que esas palabras tienen ese significado, otras reglas como las referidas a que la mención en singular incluye el plural o viceversa, y los términos de género masculino, femenino o neutro cualquiera fueren, incluyen los otros; o que los anexos se considerarán parte integrante del negocio.

Otra referencia de precisión dice relación con los plazos. Podrá aclararse si se refiere a días corridos, salvo estipulación en contrario, o a días hábiles, y en ese caso, cuáles deben considerarse tales. Asimismo, si se hace referencia a monedas que se designan de igual modo, v. g., pesos, dólares, deberá indicarse a la de qué país se refiere; es muy usual en Iberoamérica utilizar el dólar estadounidense como moneda estable. Otro aspecto a precisar en materia hermenéutica tiene relación con los encabezamientos o títulos de los distintos segmentos –cláusulas, artículos–, determinando si simplemente se establece para facilitar la referencia. En este caso habrá que aclararse que no forman parte del mismo y consecuentemente no deben considerarse al asignar significado a los enunciados; si nada se indica, deberán ser considerados a esos efectos.

En este sentido, otro aspecto a determinar es la invocación de cláusula predispuesta. Puede que el texto haya sido predispuesto por una parte o puede que se haya entablado una negociación entre éstas. Podría afirmarse que esto es lo más usual, pero la casuística es amplísima, así alguien que pretende incorporarse a una sociedad con un convenio omnilateral deberá adherir al mismo, sin poder, salvo que tenga un peso negociador importante, variar el contenido de lo pactado. Al momento de la celebración, si el texto no fue predispuesto, podrá especificarse este aspecto a fin que no juegue la regla “*contra proferentem- contra estipulatorem*”, indicándose que no podrá tener incidencia; consecuentemente, para la interpretación del negocio, si nada se dice funcionará este criterio.⁵¹¹

A efectos de ilustrar respecto a la finalidad, puede ser apropiado colocar una cláusula de antecedentes, dando cuenta del contexto del negocio o en su caso, de la finalidad última buscada por las partes, de lo que subyace al acuerdo.

⁵¹¹Regla que se infiere, respectivamente, del art. 1288 del CC español, el cual dispone que la interpretación de las cláusulas oscuras “*no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*”; el CCC argentino dispone la llamada interpretación “*contra estipulatorem*”: las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario al predisponente (art. 987); en el Derecho uruguayo del art. 1304, inciso segundo, que para el caso de los contratos partitarios o negociados excluye el antiguo criterio *favor debitoris* cuando las cláusulas ambiguas hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes; del art. 423 del CC brasileño, que establece: “*Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente*”. En cada uno de los sistemas los alcances son diversos, asunto que trasciende el objeto del presente.

Posteriormente, puede resultar conveniente indicar si las partes, todas o algunas, según se analizó en el Capítulo tercero, son socios o accionistas y los respectivos porcentajes, también conviene indicar si son titulares del total de las acciones señalando el tipo o partes sociales.

Otros enunciados recurrentes refieren a la preservación del pacto en caso de nulidad de alguna de las cláusulas, reconduciendo la situación a la nulidad parcial. Puede ocurrir que lo inficionado afecte al pacto de forma decisiva para ese caso; para cualquier supuesto de nulidad, pero en particular para esta situación, puede establecerse que si cualquiera de las estipulaciones del presente fuera declarada ilegal, inválida, nula o de cualquier otro modo inejecutable, las partes deben seguir ciertos comportamientos para negociar una estipulación en forma o sustancia de idénticos efectos y propósitos que aquellos de la disposición declarada inejecutable, remediando cualquier defecto legal que pudieren haber determinado dicha declaración, incluso para asegurar esto pueden apoderarse a ciertos sujetos a estos efectos, de forma de blindar la situación.

Un enunciado típico de estos negocios alude a la completitud de lo acordado y a la forma de modificación del acuerdo, con enunciados que excluyen dos órdenes de argumentos: uno relacionado con que al no tratarse de un negocio solemne, una comunicación, por ejemplo, en medio magnético, consentida por los otorgantes o la mayoría de ellos, comporta la modificación de lo edictado; y otro vinculado con que además del cuerpo del documento donde se plasmó el pacto, existen otros acuerdos concomitantes o anteriores, proyectos, acuerdos, compromisos, declaraciones, garantías y acuerdos de cualquier tipo, sean o no por escrito, sobre las materias reguladas en el acuerdo. Este tipo de cláusulas toman especial trascendencia en el siglo XXI, caracterizado por la comunicación epistolar constante, incluso a través signos diversos de las letras, a través de los cuales se expresa el consentimiento, que constituyen aceptación expresa, v. g., emojis. También puede otorgarse con ritualismos la voluntad, requiriéndose intervención notarial.

Respecto al ingreso de nuevos socios por transmisión de las acciones o participaciones de un socio o en razón de la emisión de nuevos títulos por ampliación del capital, o para el caso en que por haberse constituido derechos reales de goce o garantía el ordenamiento permita el ejercicio de los derechos políticos por los titulares

de los mismos (véase *supra*, Capítulo tercero), también deberán preverse mecanismos para su ingreso como parte contractual al convenio de sindicación. En el tipo contractual pacto parasocial, no hay forma de asumir las deudas a través del mecanismo técnico de un ente centro de imputación para luego evaluar la incidencia que tienen en la regulación de las relaciones del grupo. Todos los sindicatos son deudores y no son coobligados con nadie más que entre ellos, sus integrantes se obligan ellos. Tanto a nivel de situaciones jurídicas activas como pasivas de los integrantes del convenio de sindicación, la agrupación de socios no configura un centro de imputación dotado de capacidad jurídica, sino que como se analizó, se trata de un contrato plurilateral de organización asociativo, en el subtipo convenio de sindicación.

En tanto parte integrante del convenio, el accionista que egresa transmite, respecto al convenio de sindicación, un conjunto de situaciones jurídicas activas y pasivas. Para que esa transmisión pueda operar en forma global se requiere una norma jurídica que lo habilite, de lo contrario las distintas situaciones jurídicas seguirán el régimen respectivo. Así, las deudas no podrán cederse sin consentimiento del acreedor, salvo que una norma habilite. Quien pretende transferir su posición contractual en el convenio de sindicación, transferirá, salvo consentimiento de restantes, solo las situaciones jurídicas activas, pero permanecerá siendo obligado quien pretende abandonar el fenómeno asociativo, salvo consentimiento de los restantes socios y sin perjuicio de que pueda incumplir obligaciones de no hacer, por ejemplo, no comercializar las acciones. Se trata de un supuesto de cesión de contrato que debería regularse en el convenio.

La cesión de la posición contractual comprende el referido conjunto de situaciones jurídicas, de derechos subjetivos, obligaciones y responsabilidades, en un contrato, asociativo, plurilateral y de organización.⁵¹²

En las sociedades familiares o de pocos accionistas, las cuales proliferan en Argentina o Uruguay, los accionistas o quienes ellos designan ocupan cargos en el directorio, o la gestionan o tienen un *expertise* determinado, que aportan. En estos casos se establecen obligaciones de no competencia, indicándose que los accionistas o ciertas personas vinculadas a ellos, o los directores, no podrán desarrollar directa o indirectamente, para sí o para terceros, ninguna actividad relacionada con la desarrollada por la Sociedad, debiéndose definir en su caso el alcance y estableciéndose

⁵¹²GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, t. VIII, 2ª ed., Montevideo, 1972, pp. 168-169.

si se entiende apropiado establecer excepciones, por ejemplo, que involucren a todos los sindicados, o en caso de pacto omnilateral a todos los accionistas, o en su caso se admite pero recabándose previamente el consentimiento de los restantes accionistas sindicados. Las obligaciones que surgen de ese tipo de cláusulas pueden comprender si se estipula la realización directa o indirecta de actos de competencia como empresario, pero pueden extenderse a la situación de empleado, asesor, o proveedor de servicios, a la participación en directorios u otros órganos de administración o aun como accionista o socio de empresas que se dediquen a la actividad desarrollada por la sociedad. En otro orden, otra limitación que puede pactarse tiene que ver con el vínculo con los clientes de la sociedad, en lo referido a inducir, atender, contactar o trabajar con ellos para cualquier negocio no relacionado con la actividad de la sociedad. Esto, pues este tipo de vínculos, ajenos a esta, pueden entorpecer el vínculo con el cliente, con el consabido perjuicio para la sociedad.

Respecto a la extensión temporal, esta podría circunscribirse al tiempo en que el protagonista esté vinculado como socio o director, o puede extenderse como forma de evitar actitudes desleales, luego de la extinción del pacto parasocial por un cierto lapso, que deberá fijarse, y cuya extensión podría ingresar en situación de ilicitud si fuera excesiva y cuestionarse desde esa perspectiva. También podrán establecerse límites espaciales, para incluir la limitación o para extenderla.

La cláusula de confidencialidad es también una cláusula típica de estos contratos, obliga a las partes a mantener secreto sobre el contenido del convenio, su relevancia es indudable en los convenios celebrados por algunos accionistas, para asegurar el control de la sociedad cuando el convenio no es conocido por esta última y los restantes accionistas. O en caso de minorías, si se diseñan mecanismos para procurar garantizar sus derechos ante otros socios mayoritarios.

En sistemas como el brasileño, donde se prevé el depósito en la sede del pacto, y en el sistema uruguayo para las sociedades por acciones simplificadas, donde también solo esto es necesario para tornar oponible el acuerdo, la confidencialidad alcanzará a los otorgantes del pacto pero no a los directores no otorgantes que tengan acceso al mismo. Asimismo, en Brasil el propio funcionamiento de las asambleas hace que la confidencialidad pierda sentido. En caso de inscripción en el registro, lo que es

necesario en Uruguay para las sociedades anónimas, la cláusula de confidencialidad no tiene virtualidad. Lapique, en Uruguay, indica que en las SAS “sería relevante la cláusula de confidencialidad a los efectos de que no accedan al contenido del convenio terceros o accionistas que no celebraron el mismo”; sin embargo, en tanto el convenio es entregado a la compañía y los directores no sindicados tendrán acceso a la información, cabe preguntarse si un accionista no sindicado podría solicitar acceder a este. Si refiere a aspectos de funcionamiento de la asamblea, los accionistas en el sistema brasileño tienen derecho a conocer el contenido si el convenio está relacionado con el voto, pues de lo contrario no pueden controlar si lo obrado por el presidente de la asamblea se ajusta a Derecho. En el Derecho uruguayo, para las SAS el asunto deviene más opinable, para el autor uruguayo Lapique la confidencialidad se mantiene, volveremos sobre el asunto en el Capítulo siete.⁵¹³

Más allá de estas puntuales situaciones de inscripción, en los sistemas donde esto no está previsto, o en el sistema brasileño y en el uruguayo, cuando no se trata de esos tipos sociales o aun tratándose de ellos no se inscriben, la confidencialidad es relevante, justamente por razones de confidencialidad, de discreción no se procede a la inscripción. El apartamiento de esta conducta encuentra como causa de justificación el que deba ser proporcionada la información a solicitud de autoridad competente. Sin embargo, al haber varios sujetos interesados, podrá establecerse, para el caso en que la revelación de información confidencial sea requerida por una autoridad administrativa o jurisdiccional, que recibida la solicitud, la parte que la recibió deberá notificar a las otras partes, así como tratarse de un convenio donde la sociedad haya sido parte o haya sido notificada a la sociedad sobre el requerimiento, a fin de que esta pueda evaluar la posibilidad de oponerse legalmente a dicha intimación. En lo que respecta a la duración, al igual que para la no competencia, se suele extender más allá de la vigencia del propio pacto.

En lo que a conflictos intersubjetivos de intereses entre las partes se refiere, resulta pertinente regular su identificación y su resolución, de no procederse de esta forma, puede que se genere un daño significativo, la prevención es una estrategia apropiada. Se ha propuesto en la dogmática española la clasificación de las disputas en varios grupos, aquellas que se refieren a la interpretación del pacto y la determinación de normas y situaciones jurídicas emergentes y sus alcances; en segundo lugar las de

⁵¹³LAPIQUE, L., *Convenios de Accionistas. Análisis práctico de su contenido y utilización. Sociedades Anónimas y SAS*, Ed. FCU, Montevideo, 2021, p. 109.

carácter técnico de otras disciplinas, determinación de cantidades pendientes de pago, enjundia de ciertos trabajos; en tercer lugar las de carácter estratégico empresarial. Esta clasificación se combina con otra que atiende a la entidad del conflicto, basada en la de la controversia y su impacto en el trato entre las partes, desde esa perspectiva, se ha propuesto clasificarlas en ordinarias, un desencuentro que no impacta en el vínculo e incluso puede fortalecerlo, por otro lado un conflicto que comporta la pérdida de confianza y consecuentemente la imposibilidad de prosecución del vínculo.

A su vez, sería admisible otra categorización entre las disputas que se dan en el marco de la relación societaria al influjo del pacto parasocial y las que aluden a cómo regula el pacto parasocial las divergencias en la terminación del proyecto conjunto, vinculadas a la extinción de la relación societaria a deberes que serían post contractuales, pero que se han decidido regular en el pacto parasocial. A fin de resolver las disputas deberán preverse mecanismos eficaces, que consideren el tipo de disputa. Respecto a las técnicas habrá que acudir a mecanismos técnicos. En relación con las jurídicas deberá desbrozarse cuándo son realmente tales y cuándo parapetan otro tipo de desacuerdos. También la rápida resolución regulada podrá dejar en evidencia una situación u otra. Es conveniente que los procedimientos para las que no conmueven el vínculo y con la finalidad de evitar que esto ocurra transcurran por procedimientos ágiles, dictámenes técnicos vinculantes, participación de un mediador o entidad mediadora. En los escenarios de sociedades anónimas cerradas, sociedades de responsabilidad limitada, sociedades de profesionales, sociedades por acciones simplificadas, reuniones de empresas a través de una sociedad para una actividad puntual, entre otros ejemplos, de la adecuada resolución de la controversia puede depender la permanencia de la propia sociedad, por el involucramiento de los socios o accionistas en la gestión, la mezcla de actividad empresarial y el trabajo que esto comporta, incluso el porcentaje del patrimonio involucrado o las expectativas generadas. Pero aun en alianzas entre empresas, esto puede ocurrir, la salida de los accionistas o un litigio puede comportar un perjuicio patrimonial importante para todos los involucrados.

Las discrepancias trasvasan en ese tipo de situaciones todos los escenarios y se plantean, cual cúmulo de rencillas emocionales, que incluso alcanzan aspectos ajenos

a la disciplina del Derecho, y conducen a enfrentamientos en distintos órganos societarios, por la presencia de los accionistas o personas designadas por ellos en los directorios, o en puestos de gerenciamiento de la empresa. Esto puede comportar situaciones de bloqueo, sea por la división del capital en partes iguales, sea porque en función de la regulación que emerge del propio pacto parasocial para resolver algún asunto calificado se ha estipulado una mayoría especial. A esta situación se le denomina bloqueo. Es conveniente definir en el pacto parasocial, de forma estipulativa, cuándo se está en presencia de una situación de bloqueo y la forma de salir de ella, que puede trascender la clásica de imposibilidad de funcionamiento de los órganos sociales, por ejemplo, en el caso de mayorías especiales impuestas por el pacto parasocial, o de no obtenerse la aquiescencia de un socio que debía consentir. Las soluciones varían en esos casos, transitando por prever mecanismos de autocomposición o la participación de un tercero que dilucide la controversia con tales o cuales criterios, llegando hasta previsiones de salida de accionistas mediante compraventas.

En los casos de sociedades integradas por personas jurídicas, en emprendimientos estratégicos comunes, “joint venture”, se puede prever una reunión entre los mandos superiores de las sociedades o cooperativas socias, a efectos de resolver personalmente, sin intermediarios y sin ambages, los conflictos. Se procura morigerar las susceptibilidades de los directamente involucrados, sustituyéndolos por los directores o directivos de las socias; claro que estos también pueden estar condicionados o influenciados y puede que no prospere esta instancia. Podría establecerse que luego de transitada esta etapa, se recurra a un dictamen vinculante, al menos para ciertas decisiones, el experto dotado de imparcialidad podrá aplicar así sus conocimientos e incluso proponer soluciones que a las partes no se les habían presentado. En países pequeños, como el Uruguay, donde los expertos son consecuentemente pocos en ciertas materias, esto puede presentar la dificultad del conocimiento directo entre los protagonistas, que pudiera impactar en su neutralidad. Otra alternativa a pactarse es la mediación. En ese caso puede regularse acudir a entidades corporativas o gremiales, tentando, a través de sus oficios, a la autocomposición del litigio. Para ello en el pacto parasocial deberá determinarse el mediador, la forma de actuación, directamente o por remisión a procedimientos estatuidos a nivel de organismos nacionales o internacionales, la lengua en que se llevará a cabo, etcétera.

Si estas etapas no prosperan, deberá determinarse si se deja abierta la alternativa de acudir a la justicia, si se pacta un arbitraje o si se establecen otros mecanismos. Así, puede preverse que si el directorio no pudiera resolver algún asunto, o algún asunto calificado como trascendente en cierto número de reuniones, o si no se pudiera reunir por falta de quórum necesario para sesionar o para alcanzar las mayorías requeridas, según lo establecido en el propio pacto, o aun si se trata de asuntos que se ha previsto que solo puedan ser resueltos por la asamblea de accionistas, tampoco dicho órgano pudiera resolverlo en determinado número de citaciones consecutivas, se incurre en una situación de conflicto o de bloqueo. Determinada tal situación, se precipita un mecanismo de venta de las acciones, que va a asegurar que al menos algunos de los accionistas puedan seguir en la sociedad y, consecuentemente, con la actividad. La casuística es variada dentro de esa regulación, pero podrán preverse plazos perentorios para enviar, en la forma que se establezca, a los restantes accionistas una oferta, que en ese escenario debe ser irrevocable. Para comprar todas sus acciones o para vender todas las acciones de quien o quienes realizan la oferta a los restantes accionistas, debe establecerse en el acuerdo el precio mínimo tanto para la compra como para la venta. Luego se debe establecer un plazo para aceptar la oferta, de parte de alguno de los restantes accionistas, y deberá establecerse un plazo para ejecutar las obligaciones emergentes del contrato de compraventa perfeccionado. Puede que ninguno de los accionistas envíe una oferta o ninguno acepte la oferta, en ese caso, el pacto puede prever otras actuaciones o asumir que se ha producido una causal de disolución anticipada, estableciéndose que en ese caso están obligados los otorgantes proceder a la disolución y liquidación de la sociedad.

Otra forma de resolver las controversias fuera de los Estados es el arbitraje. Como indica la profesora de Talca, Vásquez Palma, se debe distinguir el arbitraje del peritaje dirimente –alternativa que también puede pactarse en sede de pactos parasociales–. Los peritos dirimientes son personas que deciden o “dirimen” un determinado asunto, entregando un juicio de valor que es obligatorio para las partes, que soluciona por imperio ajeno la cuestión. Este imperio no les viene dado por su propia función, sino que procede de aquella atribución imperativa que ambas partes han concedido al perito cuando le eligen de común acuerdo. El objeto de este peritaje ha de

ser una cuestión pendiente entre los otorgantes, que dejan voluntariamente a la decisión de aquel, o una cuestión planteada y surgida de un asunto previo y completo, que ellas someten a su juicio para esgrimir las. Es aquella persona que por la voluntad contractual de las partes emite un juicio de valor (dictamen) vinculante para ellas, sobre una cuestión de hecho pendiente o planteada por las mismas, que podría consecuentemente ser objeto de mediación, de un arbitraje o de un litigio judicial. Deslindar las formas periciales “dirimentes” de las “formas arbitrales”, que por su propia naturaleza también esdirimente, no es labor sencilla. En ambos casos se presenta una controversia, una resolución vinculante, un procedimiento similar de designación de terceros, que responden a una misma naturaleza originaria que procede de una fuente energética remota y común, esto es, el compromiso en un sentido lato y casi vulgar, aunque jurídico, que nos compromete u obliga a hacer o aceptar algo. Ciertamente sector de la dogmática señala que el perito dirimente no puede ser un árbitro, sino un arbitrador, ya que su dictamen se concibe como un auténtico convenio privado sin efectos procesales, a diferencia del arbitraje, y como tal obliga con fuerza de ley a lo pactado; mientras que para otros, no existirá en realidad ningún inconveniente para que estos supuestos no puedan someterse a arbitraje si así lo estimaran las partes.⁵¹⁴

También es preciso distinguir el arbitraje de otras figuras llamadas de forma imprecisa “arbitrajes especiales u obligatorios”, que no encartan en la categoría arbitraje, pues son establecidos por el legislador. La ley impone al tribunal arbitral de manera permanente, que suele coincidir con una de las partes afectadas en el conflicto, o en el caso de arbitraje obligatorio, las partes no deciden voluntariamente someterse a arbitraje, sino que deben hacerlo por imperativo legal.⁵¹⁵

Pactado en aras de mantener la discreción sobre el conflicto ante la publicidad que brinda la justicia y de eludir las vicisitudes que un proceso puede comportar, los otorgantes del pacto parasocial deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o que puedan surgir en el marco de una relación determinada. El acuerdo de someter al arbitraje las controversias entre las partes se puede insertar como una cláusula compromisoria en el pacto parasocial o eventualmente se puede redactar y concluir como un acuerdo independiente. De acuerdo con el enfoque de este capítulo, consideramos primordialmente el supuesto de formulación como cláusula inserta en el pacto.

⁵¹⁴ VÁSQUEZ PALMA, Ma. F., *Tratado de Arbitraje en Chile*, Thomson Reuters, Santiago, 2018, pp. 50-55.

⁵¹⁵ *Ibíd.*

De forma similar a la mediación, las partes pueden acordar algunos extremos del arbitraje, como la designación de los árbitros y las reglas del procedimiento. Sin embargo, en el caso del arbitraje se cuenta con ciertas reglas procedimentales uniformes y existen algunos organismos especializados en ciertas áreas. En el Derecho uniforme cabe referirse a la Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 –reformada en 2006– y su Reglamento de Arbitraje. En el pacto parasocial pueden insertarse previsiones de ley aplicable cuando esto pudiere presentarse o de juez competente, de forma de evitar, en caso de transnacionalización, debates en torno al punto de conexión. En Uruguay y Argentina es usual que se trate de no ventilar en la justicia los asuntos que pudieran originarse como consecuencia de estos pactos, estableciéndose procedimientos de solución acumulativos, donde se va a avanzando de uno en uno en procura de la conclusión de la controversia; no es tan usual, aunque se verifica, desde nuestra experiencia, que se pacte el arbitraje en los contratos o estatutos sociales, muchas veces apegados al formulario. Feliu Rey señala que también es práctica habitual en España.⁵¹⁶

B) Enunciados referidos a pactos omnilaterales

Si el pacto es otorgado por todos los socios o accionistas, si no ha comparecido como otorgante la sociedad, puede hacerlo a efectos de tomar noticia del pacto.

Asimismo, un aspecto recurrentemente regulado en caso de pacto omnilateral dice relación con las acciones que se emitan a futuro, como se indicó en el Capítulo segundo, en el caso de las sociedades anónimas los convenios son de

⁵¹⁶FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., p. 254, sobre la habitual inclusión de una cláusula de arbitraje en los acuerdos entre socios derivados de operaciones de capital riesgo, que en ocasiones en cambio no resulta recomendable, ÁLVAREZ ARJONA J. Ma. – ARANBURU URIBARRI, A., “La gestión y disputas entre socios. Arbitraje y otras formas de resolución de conflicto”, en J. Ma. Álvarez Arjona (dir.) y ErlaizCotelo, I. (coord.), *Capital Riesgo (PrivateEquity). Aspectos Regulatorios, Mercantiles, Financieros, Fiscales y Laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 453-503; *apud* FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., nota 89, p. 254. Respecto a la arbitrabilidad, una cláusula de compromiso arbitral para las controversias que surjan entre los socios o entre estos y la sociedad o sus órganos, PERALES VISCASILLAS, Ma. P., *Arbitrabilidad y convenio arbitral: Ley 60/2003 de arbitraje y Derecho societario*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005; *apud* FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., n. 90.

accionistas y no de acciones y no es apropiado referirlos de esa forma. Sin embargo, cuando se establecen limitaciones a la transmisión de acciones o, incluso, cuando se establecen con vocación de permanencia limitaciones para el voto, considerando que el poder político tiene base en el capital, alguien podría sostener que el objeto del negocio refería a la limitación a la transmisión de las acciones que se ostentaban al momento de la celebración o a los votos que correspondían a ese momento. Si se desea regular lo contrario, deberá explicitarse que todas las situaciones jurídicas que genera el pacto parasocial o se generen como consecuencia de decisiones que, para el caso que se trate de un convenio de sindicación, el sindicato de accionistas adopte, se extenderán a todas las acciones de la Sociedad que por cualquier concepto lleguen a ser propiedad de las sindicadas o sus sucesores a título singular o universal, sea por adquisición a cualquier título o modo. Así se dará máxima amplitud al alcance de lo normado.

Otro aspecto relevante en el caso de pactos omnilaterales, en cuanto al alcance, alude a la posible incorporación de terceros, en caso de que la sociedad emita nuevas acciones de cualquier clase que fueren, por aumento real de capital integrado, y los accionistas opten por no suscribir preferentemente las mismas ni acrecer en proporción a su capital, según corresponda. En ese caso, estas podrán ser adquiridas por terceros, que no serán parte del convenio. Entre los pactantes puede establecerse que si estas fueran adquiridas por terceros, la manifestación de voluntad de estos de adquirirlas importa su integración al sindicato, y encomendar a todos los actuantes, incluso los directores, adoptar todas las medidas necesarias, generándose sanciones para los sujetos en caso de incumplimiento, que pueden parangonarse a las previstas para el caso de venta pretendiendo eludir los mecanismos de bloqueo.

En ocasiones se asume la obligación de introducir modificaciones al contrato social o estatuto, en ese caso es conveniente, ante posibles observaciones del órgano estatal de control, la obligación de implementar las modificaciones necesarias, pero conforme con lo determinado previamente por las partes, su intención original, esto es, buscar los mecanismos apropiados para que lo determinado se obtenga por otra vía; también las eventuales decisiones que el directorio deberá adoptar, si fuera necesario, para implementar lo decidido.

Se determinará además el programa de conducta para los otorgantes, y en su caso la asignación de comportamientos que deberá desarrollar cada uno y si hubiera terceros, el que corresponda a aquellos. Los contenidos deben apuntar a que Mas allá de

de la preminencia del contrato o estatuto social, se establezcan los mecanismos tendientes a evitar el apartamiento de lo edictado en el pacto.

El contenido dependerá de las concretas vicisitudes del caso, así puede pasarse de un convenio de accionistas, donde estos, a su vez sociedades o personas con actividad empresarial, tengan asignadas actividades relacionadas con la actividad social, a uno en que el inversor exige ciertos comportamientos a los socios, directores o administradores, e igualmente se precisan los mecanismos por los cuales el inversor inyectará los fondos a la sociedad, v. g., la adquisición de acciones con prima de emisión.

En el subtipo de pacto parasocial, convenio de sindicación, la regulación sobre la administración, gobierno y fiscalización de la sociedad o la postura a adoptar respecto de aquella podrá ser más o menos detallada dependiendo del contexto; de esta forma, en un pacto omnilateral o de un grupo mayoritario que tiene el control de la sociedad, podrá llegarse a un nivel de detalle extremo, estableciéndose la elección de los directores. Qué directores serán elegidos por cuál accionista, o en otros tipos sociales, quién designará al administrador o qué mayorías a la interna del sindicato se requerirán para destinarlo.

Cuando se prevea qué directores o administradores serán designados por los accionistas, titulares y suplentes, deben preverse mecanismos alternativos de designación, para el caso que estos tomen una actitud prescindente a la interna del sindicato, de forma de no dejar librado a un posible conflicto esta situación.

Ahora bien, en ese supuesto deberá preverse cuándo podrá procederse a la remoción, en qué caso y en qué circunstancias, en el sentido de si un accionista tiene el derecho de elegir a un director, este podrá removerlo de acuerdo con su arbitrio. Entonces, en ese supuesto debería preverse el mecanismo de sustitución en caso de inhabilitación para el cargo, o de incapacidad física o psíquica. Podrán preverse los mecanismos de funcionamiento del directorio y la forma de convocatoria, asimismo, podrán preverse mayorías para la adopción de decisiones en el directorio y clasificarse los asuntos a resolver, en diversas categorías, requiriendo, por ejemplo, ciertas mayorías para cada caso. También podrán fijarse pautas para la retribución de los directores, o su

carácter honorario; incluso podrá preverse la responsabilidad del o los accionistas que hubieran designado al director por el proceder de este.

En lo atinente al directorio o administrador podrán preverse mecanismos para ciertos actos y contratos, estableciéndose plazos para que estos se expidan incluso en consulta con los respectivos accionistas. En particular se podrán prever criterios para el otorgamiento de poderes. Podrán estipularse también mecanismos para el manejo de fondos, o dividirse la gestión de diversas unidades de negocios entre los distintos directores; en ese sentido, deberán pautarse mecanismos internos para la indemnidad de los directores no intervinientes.

En lo referente a la junta o asamblea de accionistas, podrán preverse mecanismos adicionales a los legales para la convocatoria, sin dejar de cumplir con aquellos.

Podrán preverse mayorías más severas que las legales o estatutarias para la adopción de resoluciones tanto en el directorio como en la asamblea, dependiendo del tipo de asunto de que se trate, según las clases de asuntos, que deberán categorizarse en el pacto parasocial; en esos casos es relevante la precisión en la descripción de los supuestos calificados por su trascendencia para los que se establecen distintas mayorías para resolver.

Este tipo de mayorías más severas pueden conducir a situaciones de bloqueo en la toma de decisiones de no reunirse las voluntades requeridas, si el directorio o la asamblea no logra adoptar una resolución respecto de alguno de los asuntos que requieren mayorías especiales, conforme lo edictado en el pacto parasocial, previéndose mecanismos de negociación tendientes a la solución del tema, estableciéndose parámetros de diligencia y buena fe a esos efectos, con plazos para las diversas etapas. De no arribarse a una solución por esta vía, podrá preverse la solución sirviéndose de terceros en caso de no arribarse a las mayorías previstas, para lo que habrá de disponerse la forma de designar a dichos terceros o un mecanismo aleatorio para el caso en que tampoco se arribare a acuerdo en este asunto, debiéndose establecer con qué mecanismos, y con qué documentación el tercero designado deberá expedirse. Por las características de la situación, la opinión del tercero debe reconducirse a un caso de dictamen vinculante. En ese marco, el tercero deberá contar con *expertise* y por el impacto que el bloqueo puede tener en los negocios sociales deberá adoptar rápidamente resolución, sirviéndose de los procedimientos, según los asuntos de que se tratare; todos estos aspectos son del caso regular. Los pactantes deberán asumir la obligación de

adoptar en el órgano colegiado de que se trate lo dictaminado por el tercero, cabe preguntarse qué ocurre si no lo hicieran. Para ese tipo de situaciones puede preverse que el para que el órgano social prohíje la opinión del tercero y adopte la resolución respectiva alcanza con la mayoría simple.

También podrán incluirse cláusulas que regulen la selección de los auditores externos de los estados contables. Asimismo, disposiciones en torno al ejercicio del derecho de información, si se entiende que debe superar en cuanto a la información a la que se podrá acceder, el previsto en la legislación respectiva, individualizándose el procedimiento para la solicitud y el alcance de los aspectos que deben ser informados al solicitante.

C) Órgano de administración

En lo referido al órgano de administración, cabe remitirse a lo señalado al analizar las componentes personales del pacto y la regulación para pactos omnilaterales. Pero aun en pactos donde no se reúnan todos los socios pero que estén integrados por el grupo de control, podrá definirse la integración pretendida, la forma de designación de los directores, v. g., cada accionista al designar un integrante en el directorio de la Sociedad, tales accionistas designarán los directores, entre otras. En ese caso deberá preverse qué ocurre si el accionista que debe designar no lo hace y cuáles son los mecanismos de designación. La situación es la siguiente: reunida la asamblea –junta–, de acuerdo con el convenio de sindicación, un accionista debe designar al presidente, en el ejercicio de este derecho, el accionista dirá que propone a quien entienda del caso y los sindicados deberán votar por quien este designó, en el caso de que quien tiene ese derecho no lo haga, debe preverse cómo podrá designarse. Podrán establecerse limitaciones a la reelección o preverse por el contrario que podrán ser reelectos sin limitación alguna. Asimismo, podrá preverse un régimen de funcionamiento y el procedimiento de la convocatoria, estableciéndose adicionalmente, por ejemplo, que solo podrán tratarse los asuntos contenidos en el orden del día o en cambio todos los que se entienda del caso plantear, o que para incluirlo será necesaria la aprobación del directorio; también la posibilidad de los directores de nombrar representantes y los requisitos a tales efectos. En relación con la remoción, de regularse el derecho de

designación por accionista, podría preverse que podrán ser removidos sin causa si quien los designó así lo requiere, en ese caso, deberá preverse también la forma de remoción, para el caso de salida del accionista que lo designó y ya no revista la calidad de tal, v. g., que podrá ser removido por simple mayoría de votos de los accionistas presentes.

Esa lógica de derecho de designación por los accionistas comportará en la regulación, la previsión de inmediata remoción a instancias de este, de los directores designados por él que se aparten de cualquier comportamiento debido, incluido el emanado del pacto parasocial y, consecuentemente, también podrá preverse la responsabilidad solidaria del accionistas respecto al comportamiento de “su” director, lo que debería estipularse; de esta forma, el accionista se constituirá en obligado solidario respecto a la indemnización de los daños que causare el director que designó.

Al regularse el funcionamiento del órgano de administración, podrán identificarse ciertos asuntos que solo podrán ser resueltos con el voto conforme de todos los integrantes del órgano o de una mayoría calificada.

A su vez podrá preverse que la celebración de cualquier operación, contrato, acuerdo u otro tipo de transacción entre la sociedad y un accionista o sus sociedades controladas, controlantes o sujetas a control común con dicho accionista, deberá ser autorizado por el Directorio, remitiéndose a las condiciones de mercado para su celebración, fijándose plazos, términos de pago y tasas de interés que razonablemente se correspondan con lo habitualmente pactado entre partes independientes en las circunstancias de mercado imperantes. Esto puede implicar desacuerdos entre los accionistas, respecto de qué debe entenderse como condiciones de mercado en un caso concreto, lo que lleva a la situación de definición por terceros independientes, acudiéndose a mecanismos de arbitraje si se entiende del caso.

D) Pactos que refieren a situaciones jurídicas subjetivas de socios o accionistas

Si bien todos los contenidos de un pacto parasocial inciden en el estado de socio, en tanto lo normado impacta siempre en el conjunto de situaciones jurídicas en las que está inmerso el pactante, es posible, a efectos expositivos, distinguir esa categoría, que refiere a situaciones jurídicas concretas, activas o pasivas, de los socios o accionistas; nos referimos en este apartado a la regulación en los convenios de sindicación de ciertos derechos, como los derechos económicos. De este modo, en ciertos pactos podrá regularse de forma preceptiva la distribución de dividendos de

manera tal de asegurarlos para quien ha invertido en la empresa o para las minorías. Se percibe que puede haber estrategias diversas. Si se trata de un sindicato de control, por ejemplo, podrá estar interesado en capitalizar o en formar reservas, los socios deberán expedirse en el sentido que defina el sindicato, o incluso puede regularse en el propio pacto que durante algunos ejercicios económicos los resultados se capitalizarán, se formará una reserva, o se distribuirán utilidades hasta tal o cual monto, incluso que la distribución dependerá de la consecución de ciertos hitos en la marcha empresarial o en materia de gestión que lleven a ciertos resultados, regulándose el voto en ese sentido, con las garantías que veremos para evitar incumplimientos. También los pactantes pueden distribuir actividades dentro de la sociedad asumiendo obligaciones de hacer, o de dar una suma de dinero en ciertas coyunturas que puedan plantearse. Las alternativas varían respecto a la relación jurídica a entablarse entre el obligado a entregar la suma y la sociedad, pues puede resultar un pasivo, o puede capitalizar o incluso retirarse del ámbito de vinculación con la sociedad y establecerse que quienes no puedan realizar los aportes, deberán disponer de sus acciones a favor del otro socio, o buscar alternativas de financiamiento.

Otro aspecto a regularse es el derecho de suscripción preferente. En el numeral siguiente nos ocuparemos de dos específicas regulaciones, los denominados derechos de arrastre (*drag-along right*) y de acompañamiento (*tag-along right*).

El derecho de preferencia se ha caracterizado como la facultad –derecho potestativo– que tiene todo accionista de suscribir en primer término o en forma preferencial y dentro de las categorías a que correspondan sus tenencias, toda emisión de acciones por aumento de capital que realice la sociedad.⁵¹⁷

De esta forma, cuando se resuelve aumentar el capital integrado de la sociedad por nuevos aportes, el accionista tiene la posibilidad de mantener su porcentaje en el total de capital social, evitándose que su cuota de poder y económica en la sociedad se diluya. En situación de derecho potestativo, si deciden hacer uso de este, fatalmente el accionista se tornará en adquirente de las nuevas porciones de capital, de lo contrario se aumentará el capital de todas formas.

⁵¹⁷ZALDÍVAR, E., *Cuadernos de Derecho Societario*, t. 2, Buenos Aires, 1973, p. 140.

La dogmática ha identificado dos tipos de regulaciones tendientes a preservar el *statu quo* en lo atinente a cuánto peso decisorio y cuánto capital corresponde a cada uno a la interna de la sociedad. Un tipo son las cláusulas que tienden a preservar la posición del inversor como socio; cláusulas denominadas de control negativo, que impiden la emisión de nuevas acciones, la reorganización del capital o la modificación de estatutos sin el consentimiento de un socio o accionista inversor, cuya porción de capital quedaría protegida. Otra variante la constituyen las que tienen como finalidad asegurar que las utilidades se destinen a la sociedad, evitando posibles alianzas estratégicas con otras compañías o la compra de acciones en aquellas sin el consentimiento del socio inversor. En los casos en que la sociedad se compone de un inversor y un emprendedor, la intención de mantener el equilibrio inicial puede interesar a ambos.

La preferencia procura que los accionistas puedan mantener su porcentaje en el capital social, con lo que ello comporta a nivel de derechos políticos y económicos. Esta es la perspectiva de la dogmática brasileña en la materia, una forma de evitar que la participación se vea compulsivamente diluida, en perjuicio de su cuota parte en el patrimonio social, y en la administración de la sociedad. Regulado en el art. 109 de la LS brasileña, en juego con el art. 170 §1º, donde se estipula que el precio de emisión de las nuevas acciones se fijará sin abuso, sin que genere la dilución injustificada de los antiguos accionistas, y manteniendo criterios que hagan aceptable la operación, aunque comporte, en definitiva, una dilución de las porciones de capital para los que no ejercieran la opción.⁵¹⁸

Dictar normas sobre preferencia facilitará el cumplimiento de metas fijadas que requieren inversión, en función del plan de negocios que se haya determinado, que implicará entonces inyectar dinero a la sociedad. Es sabido desde antes quiénes podrán aportar capital y quiénes se encuentran en situación menos ventajosa o deberían acudir al financiamiento de terceros para hacerlo. El que no está en condiciones verá “licuada” su participación.⁵¹⁹ En el convenio de sindicación se incorporan mecanismos antidilución regulando las diversas situaciones que pueden presentarse y las decisiones que en la secuencia temporal que supone deban adoptarse, o al menos quiénes deberán consentir ir en un sentido u otro. También pueden pactarse primas de emisión para que,

⁵¹⁸RODRÍGUEZ PENTEADO, M., quien alude al concepto de opción en *Aumentos de capital nas sociedades anônimas*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1988, p. 194; *apud* CONTI CRAVEIRO, M., “Pactos Parassociais Patrimoniais...”, *op. cit.*, p. 198,

⁵¹⁹PENNACA, C. M., *El derecho de receso*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 99.

por ejemplo, el inversor aporte una determinada cifra al capital, la que también podría aportar el otro socio, el emprendedor, o el titular de la idea, o la persona referente por sus calidades personales del negocio, y un adicional por concepto de prima, que se destinará al financiamiento esperado, sin que esto impacte en las respectivas porciones de capital. Debe tenerse en cuenta que a efectos de evitar pérdidas de poder político, aun en caso de dilución, pueden preverse en los convenios materias vinculadas al voto o aquiescencias necesarias para la toma de ciertas decisiones en el pacto parasocial.

Respecto a la preferencia, en la dogmática brasileña se ha señalado que al ser este un derecho esencial, un pacto parasocial no puede servir de medio para que el derecho de no dilución sea pasible de renuncia previa, citándose el caso en que se prevé el financiamiento de la actividad por el controlador, garantizándole la posibilidad, en cualquier momento y a su criterio, de aprobar el aumento de capital y con emisión de nuevas acciones, extinguiéndose por compensación hasta los importes concurrentes lo que debe aportar y el crédito de que es titular contra la sociedad. Se aprecia que la decisión que hace que la sociedad no tenga que utilizar sus recursos para pagar lo adeudado impacta en los minoritarios. En ese marco, para que se entienda ajustado el contenido de lo pactado se ha señalado que la renuncia expresa y específica del accionista, respecto al aumento de capital o cualquiera otra situación que implique la dilución, deberá determinar en qué condiciones acuerda que su participación puede verse diluida.⁵²⁰ Ahora bien, esta observación debe morigerarse, pues surgirá de los términos del pacto parasocial la ventaja o provecho que dice relación para el renunciante, con lo establecido en el pacto entran a jugar conceptos ya analizados respecto a la extensión de la autonomía privada y la incidencia de la regulación societaria o contractual por la que se abogue. En el Derecho brasileño, el art. 118 de la LS confiere expresamente poder normativo a los otorgantes de pactos parasociales para regular el derecho de preferencia, por lo que los límites serán los de la autonomía privada.

En la LS uruguaya, este derecho potestativo surge del art. 326 de la LSC, el que establece que las acciones ordinarias, así como las preferidas y de goce, otorgan a sus titulares derecho preferente a la suscripción o adquisición de nuevas acciones de la

⁵²⁰CONTI CRAVEIRO, M., “Pactos Parassociais Patrimoniais...”, *op. cit.*

misma clase y el derecho a acrecer, en proporción a aquellas de las que sean titulares. Para las SAS, en dicho ordenamiento el derecho de preferencia en la SAS puede existir o no, dependiendo de cómo se regule este en el estatuto, en este tipo de sociedades, pensadas en ese país tomando el modelo de la ley argentina, para fomentar el emprendedurismo, puede pactarse otro régimen diverso del legal, que implique la eliminación del derecho o la imposibilidad de cederlo, entre otras alternativas. Se lleva el asunto al ámbito de la autonomía estatutaria. En el Derecho uruguayo, el plazo para ejercer el derecho de preferencia y para acrecer es en ambos casos en las LSC de treinta días, salvo plazo mayor que surgiera del estatuto social, lo que también puede variarse en las SAS, conforme esa ampliación de la autonomía estatutaria, disminuyendo el lapso para expresar la voluntad.

En el Derecho uruguayo no existen límites a lo que es posible pactar en el marco del pacto parasocial sobre el derecho de preferencia. En efecto, calificado como derecho esencial por el art. 319 de la LS uruguaya, establece que solo podrá ser condicionado, limitado o anulado cuando expresamente la ley lo autorice. Conforme con lo dispuesto por el art. 331 de la LSC, se confiere poder normativo a los pactantes a esos efectos, se puede regular el ejercicio del derecho de preferencia, su cesión, o incluso el no ejercicio. En este último caso deberá analizarse si se trata de una situación de obligación o de un negocio abdicativo; y puede sostenerse que no es posible renunciar y sí solo obligarse a no ejercerlo, según lo dispuesto en el art. 331.⁵²¹ Similar conclusión aplica, a mi juicio, al Derecho brasileño y a los sistemas español y argentino.

Otro aspecto pasible de regulaciones el derecho de receso. Clásicamente, Colombo abogaba por la contraria, sosteniendo la ilicitud de un sindicato en el cual se obligue por mayoría a votar a favor de una propuesta por la cual la ley prevea a favor del disidente un derecho de receso, indicando que se trata de un supuesto excluido de la autonomía privada, lo que comporta la nulidad de todo pacto que excluya el derecho de receso o haga más gravoso su ejercicio; resultando evidente para este mercantilista que: “el pacto de sindicato, en virtud del cual el socio que se encuentre en minoría en el sindicato mismo fuese obligado a votar personalmente o a dejar de votar al representante común a favor de dicha propuesta, privaría al socio de la

⁵²¹ En la dogmática uruguaya, Holz admitió la renuncia a ejercer el derecho de preferencia que puedan convenir los sindicatos, o su cesión. En puridad, debe distinguirse la situación de obligación, de no ejercer el derecho de un negocio abdicativo. HOLZ, E., “Convenios de sindicación”, en *A.D.Com.*, t. 5, Montevideo, 2001, p. 136. Hargain señala que el art. 327 de la LSC de ese país habilita la cesión de la preferencia a terceros y de allí infiere la posibilidad de regularlos en pactos parasociales. HARGAIN, D., “Sindicación de socios”, *op. cit.*, p. 270.

posibilidad de ejercer el recesso (él, en efecto, no obstante su voluntad contraria, no ha votado en contra; no es por ello socio disidente: y el socio disidente puede ejercer el derecho de recesso)”.⁵²² Ya Pedrol señalaba que tal conclusión no podía compartirse, luego de recordar que el derecho consagrado en la ley estaba fuera de la autonomía estatutaria y su renuncia anticipada frente a la sociedad habría de estimarse ineficaz. Acotaba que ni el planteamiento ni las conclusiones pueden ser las mismas cuando en un convenio de sindicación los accionistas renuncian al ejercicio de aquel derecho de separación frente a la sociedad, derecho subjetivo puro del que el accionista puede disponer libremente en un pacto parasocial.⁵²³ El escenario incumbe a las situaciones jurídicas del accionista que no involucran incidencia en otros socios, por lo que en materia parasocial el asunto se ubica en, cómo cada quien regula sus propios intereses, respecto a ese derecho potestativo que surge para el accionista en determinados supuestos, sin que esto incida tampoco en la sociedad. De esta forma, en el convenio puede pactarse un aumento de capital, y pueden los accionistas obligarse a votarlo, y a no receder.

Podría pensarse en que el objeto deviene ilícito cuando se celebra el pacto, por ejemplo, entre los accionistas que ejercen el control como mecanismo para la dilución de las participaciones de accionistas minoritarios. Esto no resulta de recibo; la eventual nulidad deberá predicarse respecto a la resolución de la asamblea que se adopte, ponderándose en cada caso las circunstancias, y eventualmente la existencia de daño injusto.⁵²⁴

La decisión de aumentar el capital social debe ser fundada y responder a necesidades de la sociedad. En ese sentido, y admitida la posibilidad de regularla en pactos parasociales, ocupan un lugar común los pactos de aportación de capital, en los casos de “venture capital”, que consiste en la participación obligatoria a prorrata por

⁵²²COLOMBO, G., *Los sindicatos accionarios y la tutela de las minorías*, t. 146, trad. de Edgardo H. Iriarte, *La Ley*, Buenos Aires., p. 846.

⁵²³PEDROL RIUS, A., *La anónima actual...*, *op. cit.*, p. 288.

⁵²⁴En contra, en la dogmática argentina, MOLINA SANDOVAL, para quien “el sindicato estaría viciado en su finalidad”. “Un sindicato que tenga por objeto acentuar (o apropiarse) el control societario mediante un vehículo simulado es ilícito (art. 953, CCiv.) y no puede tener cabida dentro de la teoría general de los negocios parasocietarios”. “[...] el límite para el aumento de capital mediante convenciones parasociales, que es similar a los supuestos en los que no existan convenciones, debe ubicarse en las reales necesidades de la sociedad. Un aumento irrazonable o arbitrario no puede ser admitido”. Véase *Tratado...*, *op. cit.*, p. 514.

parte de los socios suscriptores del pacto en las sucesivas rondas de financiación, estableciendo algún tipo de sanción para el socio incumplidor, mecanismo que, como señala Feliu Rey, fue especialmente utilizado cuando explotó la burbuja de las empresas “punto com”.⁵²⁵

Por el anglicismo, se trata de pagar para jugar, así se prevé que quien ante una nueva emisión para adquirir las acciones que proporcionalmente le correspondan, pierde precisamente su prerrogativa de ejercer el derecho de suscripción preferente en sucesivas ampliaciones. Se aprecia sin dificultad el efecto nocivo negativo sobre los accionistas que no están en condiciones de “pay to play”, de los que no pueden seguir “el trote” de desembolsos ante las emisiones requeridas, que fatalmente irán perdiendo peso político en la compañía.⁵²⁶

Sin embargo, otras regulaciones más sofisticadas, de las cláusulas antidilución, pueden pactarse, por ejemplo, previendo clases de acciones para los fundadores y los inversores, pactándose privilegios para los inversores en los dividendos, o la posibilidad de conversión de acciones de un tipo en otro, previéndose por ejemplo que en caso de no participar en la siguiente ronda de financiación, las acciones preferentes se convertirán en ordinarias, lo que implicará la pérdida de los beneficios propios de la clase de acciones.

Las cláusulas sobre derecho de preferencia, las referidas a capitalización o cláusulas antidilución, podrán establecer derechos en favor de todos los sindicados, o de los titulares de una clase de acciones, en los ordenamientos donde se admite la existencia de diversas clases, a algunos accionistas o incluso en el caso de la preferencia, como ya se señaló, de un tercero o de la propia sociedad, para las sociedades en que existen limitaciones. Para que la sociedad sea titular de acciones deberán tenerse en cuenta las mismas. En el caso de sociedades familiares puede pactarse la preferencia para los integrantes de ciertas estirpes de la familia.

E) Ordenamiento de la transferencia de acciones y partes sociales (drag-along right y tag-along right, otros).

Podrá regularse, asimismo, limitaciones a la existencia de transferencias o gravámenes sobre los títulos representativos de las porciones de capital, siempre que no

⁵²⁵FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., p. 219.

⁵²⁶ *Ibíd.*

se realizara según las pautas establecidas en el pacto parasocial, lo que podrá comprender, los derechos políticos, económicos y el de acrecer, si así se estableciere.

Una regulación de estilo, en ciertos segmentos alude a prever que un socio, previo a iniciar tratativas con terceros, deba formular una oferta por sus acciones a los demás socios y solo si no se llegara a concretar la compraventa a la interna de la sociedad, podrá venderlas a un tercero y en ese sentido se prevé que el precio debe ser igual o mayor al que se les ofertó a los socios, si es que el oferente estaba en libertad de fijarlo, pues también puede pactarse el precio en el propio pacto parasocial.

Ante estas disposiciones puede ser necesario especificar que estas no alcanzan a entidades controladas por el accionista, contratos “inter company”, Sin embargo, en ese caso podrá regularse que la enajenante sigue obligada solidariamente con la adquirente, de forma de evitar perforaciones en la finalidad negocial, regulándose en ese caso, la unidad con la que debe considerarse a la unidad económica que conforman la enajenante y la entidad del grupo en la que por las razones que fueran decidió ubicar las acciones, incluso a nivel de comunicaciones.

En ese sentido, además, podrá preverse la integración al pacto parasocial de la controlada, también para evitar argumentos de mala fe, referidos a la no participación de la nueva sociedad. Otro aspecto a prever en estos casos es la situación en que puede cambiar el control en la sociedad controlada por la pactante original, en cuyo caso podrá preverse que vuelva a adquirir las acciones, en mérito a una adquisición posterior o sometiendo la compraventa original a condición resolutoria.

También deberán preverse los procedimientos para enajenaciones de las acciones, convenio de bloqueo. En las situaciones de pacto omnilateral o cuando cumplan los procedimientos previstos en el Derecho brasileño y uruguayo para hacer “oponible” el pacto a la sociedad, o en caso que esta comparezca como otorgante, podrá establecerse que el órgano de administración no registrará ninguna transferencia o gravamen de acciones que no haya sido constituido sin ajustarse a las disposiciones del pacto, indicando que estas serán inoponibles a la sociedad y a los accionistas.

Asimismo, para asegurar la imposibilidad de transmisión que pretendan las normas jurídicas emergentes del pacto parasocial, podrán insertarse referencias a su existencia en los respectivos títulos, si se emiten en soporte papel, o buscar el

mecanismo sustitutivo se emitieran en soporte magnético, advirtiendo de la existencia del negocio. Colocando de esta forma al posible adquirente, en situación de adquirente de mala fe, incluso en una situación de responsabilidad extracontractual, en el marco de la tutela aquiliana del crédito (*vid. infra* Capítulo noveno). En este sentido, la amplitud y precisión de la mención a insertarse es asunto trascendente, por lo que se debe brindar información suficiente, clara y veraz, sobre los alcances del pacto parasocial que deberá individualizarse, indicándose además si se constituyó algún negocio de garantía, explicitándose que para celebrar cualquier tipo de negocio jurídico que tenga como objeto dichas acciones y cualquier situación jurídica derivada de estas, existen limitaciones, y donde pueden consultarse los alcances de dichas limitaciones para quien justifique tener un interés legítimo en consultarlo, advirtiéndose que ningún negocio que tenga como objeto a dichas acciones o a cualquier situación jurídica relacionada o generada por estas, o por la condición de accionista, será oponible a la sociedad emisora –si esta compareció como otorgante– y a accionistas sindicados, si no se efectúa en un todo de acuerdo con las disposiciones y procedimientos previstos en el pacto parasocial.

Otro aspecto regulable es la extinción de la personalidad del pactante por la muerte o por la disolución de la persona jurídica, respectivamente. En este último caso, si alguna de las partes se disolviera, salvo por fusión con otra de las partes, pueden preverse alternativas, de forma de evitar que las acciones sigan un rumbo dominial diverso al que se pactó, por ejemplo, reconduciendo la situación a una condición suspensiva de un acuerdo de compraventa recíproca de acciones entre las otorgantes sindicadas, deberá establecerse el precio en ese caso de compraventa sujeta a condición suspensiva. También la muerte puede insertarse como un requisito voluntario de eficacia, en este caso, por la certeza de que ocurrirá, será un plazo incierto y no una condición, también será un plazo si lo considerado es el plazo de vigencia de la persona jurídica socia. Esto no ocurrirá si la socia es una cooperativa que por definición no tiene plazo determinado de duración, por lo que solo se tratará la disolución, en ese caso de un supuesto de condición, evento futuro e incierto.

En ocasiones, los socios no cambian, “pero ya no son los mismos”. Nos referimos a la situación en que las acciones o participaciones sociales que componen el capital de una persona jurídica socia han sido comercializadas y por tanto el control de la sociedad, que a su vez es socia, ha variado, ingresando por ejemplo a controlarla un competidor u otro sujeto de derecho que no se reputa apropiado. Esta situación podrá regularse como un supuesto de hecho similar a los que vienen de referirse, condición

suspensiva de un contrato de compraventa de acciones respecto a los restantes sindicados. Esto último, sin perjuicio de la posibilidad de dejar, por mutuo disenso, sin efecto la transmisión, si los restantes accionistas reputan, todos ellos o la mayoría según lo establezca el respectivo convenio, y en ello esté de acuerdo el accionista que sufrió el cambio de control. Para determinar si se ha verificado o no la condición habrá que realizar un control de la titularidad de las socias.

Asimismo puede preverse que en caso de venta por parte de un socio de sus partes sociales o acciones, cierta parte de la utilidad que obtenga por la venta será transferida a otro socio beneficiario del pacto, que va a permanecer en la sociedad, debiendo establecerse la forma de notificación. Este pacto que se resume a un negocio con un elemento parciario, tendrá causa bilateral o sinalagmática si solo se establece esto; también podría insertarse en un convenio de sindicación –contrato plurilateral–.

En materia de regulación a la transmisibilidad, son clásicos los pactos que consagran los denominados **derechos de arrastre y de acompañamiento**, respectivamente mentados en la jerga forense por los anglicismos *drag-along right* y *tag-along right*.

El derecho de arrastre –*drag-along right*– comporta el supuesto en que cualquiera de los accionistas recibiera una oferta de un tercero para adquirir la totalidad de las acciones de la Sociedad. El accionista que recibe la oferta podrá exigir al resto de los accionistas, para participar conjuntamente de la venta de la totalidad de sus respectivas acciones; en otros términos, los restantes accionistas, o en otros términos estos se encuentran en una situación jurídica pasiva. A los efectos del ejercicio de este derecho, es conveniente fijar el precio ofrecido por el tercero como mínimo, v. g., en ocasiones se utiliza como parámetro, a efectos de determinar el mínimo, el precio EBITDA⁵²⁷ que surja de los últimos estados financieros aprobados por la Sociedad, si se entiende del caso, multiplicado por cierta cantidad de veces, que debe precisarse.

⁵²⁷ Explica Bonmatí Martínez que el EBITDA “es un indicador financiero representado mediante un acrónimo que significa en inglés Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization (beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones). El beneficio contable, que es una medida que habitualmente se ha tenido en cuenta, es en realidad una ficción y puede esconder, en su cálculo, distintas asunciones que distorsionan su utilidad, ya que ni refleja el rendimiento operativo (al incluir el coste financiero, que depende de la estructura de financiación de la empresa, o las amortizaciones que dependen del plan de amortización que cada empresa decida o del tipo de equipamientos que requiera), ni es una estimación del cash-flow (ya que las amortizaciones y

Al regularse este supuesto puede preverse que la oferta deba incluir un mecanismo que acredite suficientemente la disponibilidad de los fondos necesarios para el pago del precio ofrecido, así como las condiciones de la venta. También deben preverse los procedimientos de notificación de los restantes accionistas por parte del accionista receptor de la oferta, estableciéndose plazos para que desde la recepción de la oferta de compra conjunta notifique a los demás accionistas. De seguido debe normarse el comportamiento de aquellos, en ocasiones se prevé que puedan ejercer ellos el derecho de compra de las acciones de aquel que recibió la oferta al mismo precio que le fue ofertado o un precio diverso previsto para las adquisiciones entre ellos. En efecto, no escapa al ordinario entendimiento el impacto que puede tener esta situación dependiendo del contexto. Los casos son infinitos, pero muchas veces hay componentes afectivos fuertes en la actividad empresarial de los accionistas. Piénsese en casos en que durante muchos años algunos de los accionistas, o incluso sus familias, por décadas

depreciaciones son un gasto que no supone desembolso). El Ebitda tiene la ventaja, por lo tanto, de eliminar el sesgo de la estructura financiera, del entorno fiscal (a través de los impuestos) y de los gastos ‘ficticios’ (amortizaciones). De esta forma, permite obtener una idea clara del rendimiento operativo de las empresas, y comparar de una forma más adecuada lo bien o mal que lo hacen distintas empresas o sectores en el ámbito puramente operativo. Se calcula a partir del resultado final de explotación de una empresa, sin incorporar los gastos por intereses o impuestos, ni las disminuciones de valor por depreciaciones o amortizaciones, para mostrar así lo que es el resultado puro de la empresa. Por lo tanto, los elementos financieros (intereses), tributarios (impuestos), externos (depreciaciones) y de recuperación de la inversión (amortizaciones), deben quedar fuera de este indicador. El propósito del Ebitda es obtener una imagen fiel de lo que la empresa está ganando o perdiendo en el núcleo de su negocio. Es un resultado bruto, tal y como lo refleja la descripción. En definitiva, la presencia de partidas ajenas a la esencia del negocio como pueden ser los ingresos por la venta de un edificio, siendo un negocio no dedicado a los bienes raíces, deberían ser también restadas del Ebitda haciendo mención de ello, ya que el objetivo del Ebitda es, por comparación, con otra empresa o entre periodos de una misma empresa, analizar la marcha del negocio base de la empresa. En términos generales, lo que el Ebitda hace, es determinar las ganancias o la utilidad obtenida por una empresa o proyecto, sin tener en cuenta los gastos financieros, los impuestos y demás gastos contables que no implican salida de dinero en efectivo, como las depreciaciones y las amortizaciones. En otras palabras, el Ebitda nos dice: Hasta aquí el proyecto es rentable y, en adelante, dependerá de su gestión que el proyecto sea viable o no. La principal utilidad que nos presenta el Ebitda, es que nos muestra los resultados de un proyecto sin considerar sus aspectos financieros ni los tributarios, algo que no deja de tener su importancia puesto que estos dos aspectos, se pueden analizar por separado, y que si se pueden manejar o administrar, no deben afectar para nada el desarrollo del proyecto y su resultado final. Se utiliza especialmente para analizar el desempeño operativo de una compañía, puesto que indica la dimensión de la cantidad que genera el negocio en sí mismo de la empresa (es decir, su resultado operativo o de sus operaciones normales), todo ello, medido mediante una proxy de la generación de caja. El Ebitda se aproxima al concepto de un flujo de caja operativo porque se agregan las depreciaciones y amortizaciones. Gracias a ello, este indicador permite poder hacer una comparación mejor entre diferentes compañías, al depurar el efecto de distintos sistemas impositivos y de depreciación y amortización contable y países, así como del apalancamiento financiero entre empresas, pues se trata de mirar bien los beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones. Si el Ebitda de un proyecto es positivo, quiere decir que el proyecto en sí mismo es positivo, y dependerá su éxito final exclusivamente del tratamiento o la gestión que se haga de los gastos financieros y del aspecto tributario, además de las políticas de depreciación y amortización aplicadas por los responsables del proyecto”. BONMATÍ MARTÍNEZ, J., “El EBITDA”, en *Rev. Contable, de la Asociación de la Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España*, 1er Trimestre de 2012, pp. 15-16, disponible en Dialnet, consultada el 5 de abril de 2021.

hicieron de la actividad en la unidad productiva su modo de ganarse la vida y su rol, con un impacto en aspectos emocionales, que está asociada la actividad con su profesión u oficio, v. g., ingeniero químico, publicista, experto en demoliciones, funebrero, productor agrícola, gastronómico. Los ejemplos pueden continuarse en toda rama de actividad, incluso, con familiares, amigos, compañeros de profesión que se desempeñan en la empresa. Aspectos a determinar en estos casos dicen relación usualmente con la situación en que quedarán o saldrán de la unidad productiva, todos o algunos de estos protagonistas. Muchas veces en este tipo de situaciones pasan a ser empleados por un tiempo o asesores, a efectos de colaborar en la inducción de los nuevos titulares, o directamente deben determinar a qué dedicarse, en situación en la que probablemente se establezca la imposibilidad de dedicarse por un cierto tiempo a la actividad a la que se dedicaban y naturalmente deberán mantenerse alejados de la clientela de la unidad productiva de que era titular la sociedad, cuyo capital, incluso, puede ser adquirido por un competidor, por ejemplo, para ir disminuyendo su actividad hasta la desaparición. En esta regulación, salvo que los restantes accionistas ejercieran el derecho de compra preferente dentro del plazo pertinente, estos se obligan a realizar las acciones necesarias para hacer efectiva la venta conjunta.

Es común señalar que esta estipulación tiene como beneficiario en general al mayoritario, que arrastra a los minoritarios. Para la venta conjunta deberá preverse en ese caso, plazos y conminaciones que hagan indeseable la dilación de la ejecución de la operación de venta conjunta para el incumplidor, con mecanismos para el caso en que la transferencia no se pudiera llevar a cabo por actos u omisiones del o los accionistas acarreados, incluso previendo condiciones que comporten la transmisión de pleno derecho al otro accionista, que pasará a obrar en nombre y representación del incumplidor para ejecutar el acto, en la hipótesis de mayor severidad.

La figura podría, desde otra perspectiva, encartar en un negocio gestorio, cuyo paradigma es el mandato. Desde ese punto de vista, el socio minoritario se erige en mandante y el mayoritario en mandatario. El mandado que debe hacerle el mandatario al mandante consiste en proceder a la venta de sus partes sociales – acciones, condicionado a que también el mandatario vaya a vender las suyas. El encargo tiene como objeto la venta de las acciones del mandante y tiene en consideración que también

se venden las del mandatario. De esta forma, el socio mayoritario es el único que se ocupa de tratar con un posible adquirente.⁵²⁸

Al reconducirse a la situación del mandato, el socio mayoritario, supuesto beneficiario del pacto, quien debería ser el acreedor, pasará a ser el deudor en el contrato de mandato, pues es quien debe desplegar la conducta necesaria para cumplir el encargo. Pero esa situación de obligado no corresponde a los hechos, pues ese socio mayoritario, que es el beneficiario del pacto, será quien pueda activar o no el mecanismo de venta conjunta. A la inversa, el socio minoritario se encuentra en un estado de sujeción respecto a la voluntad del socio mayoritario, aunque de seguirse el modelo del mandato, aparece como acreedor, en tanto mandante de la obligación de cumplir el encargo por parte de quien realmente es beneficiario del pacto. Muchas veces, sin embargo, de lo pactado no es posible inferir claramente el encargo.

Desde otra perspectiva se podría reconducir la figura a un mandato, pero con representación, donde se designa un representante para la venta. En el caso el socio mayoritario, las consideraciones son las mismas, pero, por otro lado, se plantea el temade la revocabilidad del poder, o del pacto de irrevocabilidad, si se asume como una renuncia o como una situación de obligación de no hacer y en este caso, en tanto tal, susceptible de incumplimiento.

En cada caso y según lo estipulado, habrá que calificar el negocio, resultando de todos modos la reconducción al mandato una herramienta explicatoria satisfactoria.⁵²⁹

En otros enfoques se ha dicho que el destinatario último de los efectos de esta cláusula es el tercero adquirente, lo que lleva a plantearse si no encarta la figura dentro del contrato con persona a determinar, o de un estipulación para otro.

Abogando por la primera de las hipótesis, el profesor romano D'Alessandro explica que de subsumirse en la figura de contrato con persona a determinar, el socio estipulante al celebrar el pacto parasocial. se reserva el derecho de designar al tercero

⁵²⁸LUCA, N.DE, “Validità delle clausole di trascinamento (‘drag-along’)”, en *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, 175; y del mismo autor, “Ancora sulle clausole statutarie di accodamento e trascinamento (Tag e Drag-along). Possono essere introdotte a maggioranza?”, en *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 2013, p. 71 y ss.; apud VENDITTI, A., *Le clausole di drag along e di Tag Along tra l’ordinamento anglosassone e l’ordinamento italiano*, p. 127, n. 266, disponible en https://tesi.luiss.it/20040/1/120813_VENDITTI_ANTONIO.pdf, consultado el 23 de abril de 2021 y FABBRINI, L., “Validità delle clausole di drag-along”, en *Giurisprudenza Commerciale*, V, año 2009, p. 1040.

⁵²⁹BALLERINI, L., “I patto di vendita nella società: funzioni e struttura”, *Contratto e impresa*, 2014, p. 1020, apud VENDITTI, A., *op. cit.*, p. 128, n. 268.

que asumirá los derechos y las obligaciones que nacen del contrato, pudiendo de esta forma el sujeto ser individualizado en un momento posterior al perfeccionamiento del contrato. Así el socio mayoritario, que será el estipulante en este tipo de cláusula, que constituye un contrato preliminar unilateral, podrá indicar quién es su sustituto, resultando de esta forma liberado, y el socio minoritario promitente, único obligado por el contrato en el que ha consentido la cesión de situaciones jurídicas (activas y pasivas), se pasará a vincular con el tercero, que pasará a ser socio o accionista, en mérito a la cesión de contrato operada.⁵³⁰ La razón de esta estructura contractual es la reserva de indicar otro sujeto que tome el puesto del contratante original.⁵³¹

Asumir la “estipulación para otro” para calificar el *drag along* comporta que los efectos y consecuentemente el posible incumplimiento se produzca respecto del tercero que será el acreedor, en el caso el tercero interesado. El estipulante tendrá interés en que esto opere de esta forma para asegurarse de modo más sencillo, la comercialización de su participación en el capital. De este modo, el tercero, sin haber sido parte en el contrato, termina siendo el acreedor de la obligación consistente en la transferencia de las acciones o partes sociales. En esta estructura, el tercero beneficiario del *drag along* será el acreedor, mientras las obligaciones quedarán en cabeza de los pactantes, incluido el socio interesado en la venta, que arrastra a los otros, denominados promitentes. Ante esto, podría señalarse que el tercero deberá ejecutar una contraprestación, abonar un precio por las acciones y consecuentemente, podría no parecer posible la reconducción a esa figura, que supone reiteramos que las obligaciones quedan entre los pactantes y el tercero es meramente un beneficiario respecto del promitente. Entonces, considerando que habrá una obligación correspectiva a la transferencia de las acciones que está a cargo del tercero adquirente, el precio, podría cuestionarse si aplica la figura. Sin embargo, la estipulación para otro se resume a un crédito originado en un contrato preliminar, que surge de la cláusula donde se prevé el arrastre, que tiene como contenido otorgar otro contrato, el definitivo, así el obligado lo es al transferir las acciones en ese contrato preliminar, y el

⁵³⁰D’ALESSANDRO, C., “Patti dico-vendita (TagAlong e DragAlong)”, en *Riv. Di Diritto Civile*, N° 4, 2010, p. 384.

⁵³¹MESSINEO, F., “Il contratto in genere”, en Cicu, A. – Messineo, F., *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXI, p. 501 y ss.

beneficiario de la estipulación tiene derecho a reclamar ese comportamiento del promitente. El razonamiento que indica que hay un óbice a la estipulación para otro como esquema posible de este negocio parece confundir el contrato preliminar, que genera la obligación de celebrar la compraventa, pues en puridad el tercero beneficiario de la estipulación no es parte en el pacto parasocial del que surge la estipulación.

En definitiva, desde esa perspectiva, el pacto de *drag along* se subsume o en un contrato preliminar de venta de acciones unilateral y encuadra o en la figura del contrato con persona a nominar o de la estipulación para otro, según lo que se haya establecido efectivamente, siendo imprescindible procurar los mecanismos asegurativos para lograr el cumplimiento del socio cuyas acciones o partes se arrastran en venta, de forma de evitar que el obligado adopte una conducta extorsiva, cuya prevención es justamente la razón del pacto.

Otra alternativa es conformarlo como un negocio de opción, figura en la que el concedente emite una oferta irrevocable de contratar, que deviene tal como efecto de dicho negocio jurídico bilateral que no genera obligaciones, sino la privación por parte del optante de revocar la oferta, en tanto el beneficiario se encuentra en situación de derecho potestativo. En la opción surge la propuesta del eventual contrato, que se verificará si el beneficiario ejerce el derecho potestativo. Este segundo contrato, en el caso de la compraventa de acciones o partes sociales, es eventual. Es un negocio separado y autónomo respecto al contrato definitivo. El socio queda en situación jurídica de sujeción. El pacto de arrastre se conforma en esta alternativa con la propuesta irrevocable surgida de ese negocio jurídico bilateral, que oficia de oferta en el segundo contrato, el pacto de opción despliega efectos desde el momento de la celebración y dependerá el perfeccionamiento del contrato de compraventa de acciones de la propuesta de adquisición por parte del tercero, que será en ese caso el beneficiario del derecho potestativo, de forma tal que alcanzará con que el tercero acepte la oferta que surgirá del *drag along* para que se perfeccione la compraventa. El pacto podrá resultar condicionado a que el otro socio venda y allí desplegará efectos el negocio de opción, forma clásica de pacto de arrastre.

Pero también podrá establecerse que queda formulada la oferta para que el tercero opte por el pacto denominado con el anglicismo *bring along*. Esto no tiene incidencia en cuanto a la calificación como negocio de opción ni tampoco en lo referido al funcionamiento, sea que se dispare cuando el socio que arrastra indique que va a vender, sea que el tercero notifique directamente al socio que ha formulado la opción

que acepta la oferta, el resultado no varía. Solo se prevé que la recepción –o conocimiento– dependiendo del régimen positivo de que se trate de la aceptación de la oferta, perfeccionará el contrato de compraventa, título hábil para la transferencia de las acciones o partes sociales, pues es en cabeza del tercero adquirente que se ubica la titularidad del derecho potestativo que surge de la opción.

Esta estructura permite un mecanismo más eficiente para el arrastre, pues la resistencia del sujeto que se encuentra en situación de sujeción jurídica no es trascendente porque fatalmente el titular del derecho potestativo, con su expresión de voluntad genera la transformación. Se evita así transitar por instancias jurisdiccionales tendientes al perfeccionamiento del contrato. Esta conformación como contrato de opción se adapta a la hipótesis en que se pacta que solo luego de que uno venda el otro deberá vender, v. g., solo luego de la venta del beneficiario del pacto deberán vender los sujetos por él. Al estructurarse de esa forma, el tercero que ejerce la opción pasa a tener un título traslativo para la transferencia, a través de un único contrato, la compraventa, por el que adquiere las acciones del socio mayoritario –usualmente beneficiario del pacto– en mérito al acuerdo de voluntades al que ha arribado con el mismo y las del minoritario ejerciendo la opción, el derecho potestativo del que es titular, sin necesidad de que se exprese voluntad alguna por el socio minoritario que se encuentra en situación de sujeción. Claro que para poder reconducir la situación a un negocio de opción deben estar incluidos en el pacto del *drag along*, todas las regulaciones, de forma que alcance con que el tercero diga “sí”. Esto podría generar que se señale que no es posible, por el necesario margen de indeterminación que este tipo de negocios comporta. En una visión crítica podría indicarse que en el pacto no se individualiza ni al beneficiario de la opción –el tercero– ni el precio. Respecto al precio, es difícil determinarlo al establecerse el pacto de *drag along*, aunque en ocasiones se establece para superar esto un precio mínimo, si luego se acuerda otro, se abre un debate en torno a si cuando se comunica la voluntad se perfecciona el contrato, si surgían todos los elementos para conformar una oferta, entre otros aspectos.⁵³²

⁵³² Este asunto se ha debatido ampliamente en la doctrina italiana, puede consultarse, DIVIZIA, P., “Clausole statutarie di covendita e trascinamento”, disponible en https://www.fdnai.it/wp-content/uploads/2019/04/Clausole_statutarie_di_covendita1.pdf

Estas objeciones, Sin embargo, se subsanan si el beneficiario y el precio se obtienen remitiéndose en la estipulación a: i) con quién contrata el beneficiario del pacto y ii) cuál es el precio que recibe el mismo; fijándose la identidad de condiciones. De esa forma, las condiciones se determinarían “per relationem”, a las condiciones de venta del otro socio, lo que no presentaría objeción posible si se pactaran las mismas.⁵³³ Si bien refieren a un tercero desconocido al momento del perfeccionamiento del pacto, luego lo será, en efecto, el titular del *drag along* decide vender su participación; este resulta individualizado y expresa su intención de adquirir la totalidad de las acciones, resultando titular del derecho potestativo de opción. Para concluir el proceso este acepta la propuesta del sometido por el pacto contenida en la opción y así se perfecciona el contrato de compraventa.

No deja de reconocerse las dificultades de una estipulación de una opción, que genera una oferta irrevocable, sin que se determine el destinatario de la oferta. Porque si no se determina este último, no se ha determinado aún el titular del derecho potestativo, esto es, el titular de la opción.

Desde otra óptica, se relaciona la estipulación con el contrato a favor del que tenga el derecho, estipulado en representación de un sujeto, que será determinado sucesivamente sobre la base de la titularidad de cierta situación jurídica subjetiva, el estipulante –socio mayoritario– actúa en representación de un sujeto no determinado aún, pero que resulta individualizado en tanto titular de una determinada posición jurídica, en tanto devenga adquirente de la participación del mismo estipulante, se trata de una situación de representación de persona incierta hasta que se individualice el tercero.⁵³⁴ Tampoco esta figura está exenta de dificultades, ese poder de disposición excepcional sobre esfera jurídica ajena debe ser reconocido por norma expresa.

Más allá de la subsunción en una u otra categoría, lo que no puede cuestionarse es la admisibilidad del pacto, en tanto el beneficiario no se postule a él mismo como adquirente, pues en ese caso la figura abandona el *drag along*, admitiéndose que no se explicita quién será el tercero al momento del pacto, pudiendo reconducirse la figura a los modelos indicados, según lo que se hubiese pactado.

⁵³³D'ALLESANDRO, C., “Patti di co-vendita (tag along e drag along)”, *op. cit.*, p. 385; *apud* VENDITTI, A., p. 144, cuyo preciso relevamiento de la dogmática italiana seguimos en este segmento.

⁵³⁴ROSSANO, L., “La natura e la validità della clausola di drag along”, en *Riv. Diritto. Commerciale*, 2010, p. 132. Sobre la figura con carácter general puede consultarse, VENDITTI, A., voz “Contratto per conto di chi spetta”, en *Enc. Giuridica Treccani*, IX, 1998, p. 1 y ss., 306; *apud* VENDITTI, A., *Le clausole di Drag e di Tag Along...*, *op. cit.*, p. 146.

LOS PACTOS PARASOCIALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y EL DERECHO DE DAÑOS

En relación con la posible viabilidad de incluir este tipo de regulación en los estatutos de las sociedades en España para la sociedad de responsabilidad limitada, resulta admitida aunque con disidencias.⁵³⁵ También se ha admitido en Italia.⁵³⁶

Admitida que sea la inserción de una cláusula de este estilo en el contrato o estatuto social, esto involucra otros aspectos ajenos al objeto de estudio de la presente, uno bien relevante; el funcionamiento de los órganos sociales, esto hace que la cláusula pudiese ser introducida por el socio mayoritario, a través de la junta o asamblea, modificando mediante el respectivo acto del órgano, el contrato o estatuto social.⁵³⁷

⁵³⁵ A favor, VÁZQUEZ LEPINETTE, T., “Algunas notas sobre los pactos de desinversión en las sociedades familiares”, en Garrido Melero, M. y FugardoEstivill, M. (coords.); Vicent Chuliá (coordinador sectorial), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. V, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 575, y FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit., p. 226 (n. 35 y 38), quien destaca que el art.188.3 del RRM español establece la posibilidad de inscribir en el Registro Mercantil las cláusulas estatutarias que impongan al socio la obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o a terceras personas determinadas cuando concurren circunstancias expresadas de forma clara y precisa en los estatutos. En el mismo sentido, aboga por la admisión invocando la posibilidad de inscribir los protocolos familiares, según la *disposición segunda, uno y tres del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero de ese año*, en virtud de los cuales los arts. 114.2. d) y 175.2.d) del RRM admiten la inscripción del pacto que establezca la obligación de venta conjunta por los socios de las partes sociales de las sociedades que se encuentren vinculadas entre sí por poseer unidad de decisión y estar obligadas a consolidación contable y citando a Luis Fernández del Pozo, jurista y titular del Registro Mercantil XIV de Barcelona, agrega el autor madrileño que “el art. 188.3 RRM (pacto estatutario de venta forzosa) y ahora lo dispuesto en los arts. 114.2.d) y 175.2.d) RRM configuran un generoso y a mi juicio suficiente marco reglamentario para el diseño contractual que se prefiera”. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El Protocolo Familiar”, en *Cuadernos Civitas*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 150; FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades...*, op. cit.

⁵³⁶ En Italia se ha vuelto práctica la inserción de este tipo de enunciados en los estatutos sociales desde hace un buen tiempo, al respecto, puede consultarse DIVIZIA, E., *Clausole statutarie di covendita e trascinamento*, en *Notariato*, II, 2009, disponible en https://www.fdnai.it/wp-content/uploads/2019/04/Clausole_statutarie_di_covendita1.pdf; consultado el 2 de abril de 2021, a quien seguimos en este segmento.

⁵³⁷ Si puede introducirse por resolución de la junta o asamblea, cabe preguntarse, cómo juega el concepto de “interés social” en el asunto. Cuáles son los límites de validez ha sido objeto de análisis por la dogmática italiana, planteándose que la cláusula debe ser estructurada de forma de fijar un mínimo de precio que contemple al socio minoritario, de modo de dejar inoperativo el mecanismo si la propuesta del tercero es inferior al mínimo. El tema se sitúa en cuanto es el mínimo admisible, o si deben establecerse criterios para la determinación. En otros términos, si solo es válida la cláusula en caso de contemplar mecanismos objetivos de valoración de la participación en el capital, algunos han planteado la extensión de las normas en materia de ejercicio del derecho de recesso para proceder a la valuación como criterio objetivo. Ha habido un caso con impacto en la jurisprudencia, una sentencia del Tribunal de Milán, que consideró inválida una cláusula de *drag along* que no contaba con un piso, el que debe coincidir, a criterio del Tribunal, con el quantum debido a título de liquidación de la participación en caso de ejercicio del derecho de recesso. Afirmar el tribunal que del sistema de derecho societario surge que debe mirarse con especial cuidado, cuándo se está frente al ejercicio de un derecho potestativo, de parte del socio o de la sociedad, exclusión, rescate, *squeeze-out* (derecho de venta forzosa en favor del mayoritario, *sell-out*, situación en que los socios minoritarios exigen la compra al mayoritario), establecidos en consideración de exigencias organizativas de la misma sociedad, de parámetros objetivos que permitan no atribuir un valor arbitrario a las acciones. En el mismo sentido se expidió el Consiglio Notarial de Milán, que

Los enunciados normativos que conforman el denominado derecho de acompañamiento-*tag-alongright*⁵³⁸ sirven, como indican las profesoras M^a Isabel Sáez y Nuria Bermejo, para neutralizar los efectos expropiatorios de las ventas ineficientes para el valor conjunto de la sociedad.⁵³⁹

Su propósito concreto es que uno de los socios no liquide su participación en la sociedad transfiriendo su parte a un tercero y se apropie, así, en términos económicos, de una porción del excedente que no le correspondería.

Explican las mencionadas autoras madrileñas que las ventas pueden resultar improductivas o ineficientes porque se producen en el momento en que la unidad se encuentra en periodo de incubación, momento en el que aún no se han amortizado las inversiones, y entonces su valor conjunto es negativo. O en otro supuesto, porque siendo eficiente vender pues el momento hace que sea bueno el valor, el no hacerlo de forma conjunta, unos resultan beneficiados, los que venden, maximizando su ganancia a costa de aquellos que permanecen y deberán lidiar con el nuevo accionista. La venta, así, es calificada de improductiva por estas autoras desde el análisis económico del Derecho en tanto el comprador valora menos lo que compra que el vendedor, y calcula que puede beneficiarse en mayor medida de las inversiones realizadas por la parte que se queda dentro. De esta forma, el que vende está vendiendo además, en perspectiva económica, la posibilidad de que el adquirente expropie al que ha quedado en la sociedad, al aprovecharse de la reputación o acceder a información privada. Y esta posibilidad, el poder ingresar a la sociedad tiene impacto en el precio, que el vendedor percibe, lo que las autoras califican como “prima de expropiación”. A su vez, la venta del que las citadas califican de oportunista deja al otro accionista encerrado dentro de una relación que hace que su participación valga menos por la posición en que quedó. Este riesgo que se conjura con el pacto, se resume a que si esto no se previera, un sujeto está expuesto a que el otro acierte el que las autoras refieren como “pelotazo” y así se pueda alterar luego que la sociedad estaba en funcionamiento, lo que cada quien debía ganar, lo que desincentiva la inversión. La primera pieza del mecanismo para evitar que

analizando la legitimidad de este tipo de cláusulas concluía que “devono essere compatibili con il principio di una equa valorizzazione della partecipazione obbligatoriamente dismessa”.

Cfr. ARATA, F., “Introducibilità a maggioranza della clausola Drag Along”, tesis de doctorado para la Università degli studi di Milano, – XXVIII ciclo, disponible en <https://air.unimi.it/handle/2434/466626#.YGzN7FRKjIU> consultado el 5 de abril de 2021.

⁵³⁸ Menos comúnmente llamada *piggy back*.

⁵³⁹ SÁEZ LACAVE, M^a I – BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad. A vueltas con los pactos de tag- y de drag-along”, Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid, *InDret* 1/2007, disponible en indret.com.

esto ocurra y uno de los socios, para utilizar términos metafóricos similares a los de las autoras, “se desmarque” solo para sí, es la cláusula de *tag-along* propiamente dicha, que otorga un derecho de adhesión a la transmisión planeada por el otro socio. Así, por ejemplo, una venta de un paquete de control se transforma en la venta de todo el capital.

Esta cláusula se complementa con otros mecanismos; entre ellos, uno habitual es la opción de venta en sentido propio, disuasoria del incumplimiento de las conductas exigibles al obligado para que el otro socio pueda ejercer el derecho de acompañamiento. El comportamiento consistente en que un socio venda a un tercero comporta la opción en cabeza del socio desconsiderado de aceptar una oferta de compra que al pactar le hizo el otro socio por sus acciones, por un precio que, claro está, debe estar determinado o ser determinable. De este modo, nace en cabeza del posible perjudicado un derecho potestativo como consecuencia de la opción conferida, al configurarse el supuesto previsto para que este derecho nazca, la venta por el otro socio. El posible perjudicado por el que “se desmarcó” frustrará al oportunista que quería irse solo y queda dentro debiendo abonar un precio a su socio por las acciones que desmotive este tipo de comportamientos. De esta forma, la permanencia o la salida debe ser conjunta, así la unidad productiva se comercializa en conjunto y la relación se estabiliza evitando lo que en lunfardo rioplatense se diría “que el otro se corte solo”. De esta forma, o se consensua la venta entre ambos, y el que va a vender solo vende a alguien de perfil no expropiador, que no va a aplanar a quien queda, y el que queda lo hace de buen grado, acordando lo que corresponda al respecto, no ejerce el derecho potestativo de la opción *put*, o el que quería “demarcarse” se quedará y deberá pagar al otro la suma acordada como precio. De esta forma, la tentación de vender a un expropiador queda limitada.

Desde otro punto de vista, cuando aparece un comprador y la intención es obtener lo que a cada quien corresponde sin especular, cooperando se evita que uno quiera vender antes que el otro a mejor precio. Como explican las mencionadas mercantilistas, si A y B pueden obtener en un valor por la venta, si venden conjuntamente obtendrán, por ejemplo, uno el sesenta por ciento y el otro el cuarenta, si solo vende el que ostenta el sesenta por ciento, este va a obtener eso más un plus

vendiendo individualmente la participación, ese plus corresponde a una ganancia en perjuicio del otro, pues si hubieran vendido juntos, habría obtenido un precio menor.

Este derecho *–tag along–* se confiere a los que no tienen el poder de venta y los que quedarán en situación de obligación son aquellos que lo tienen, sea por la cuota parte del capital del que son titulares, socio con control, sea por la especificidad de la inversión, pues en buena lógica el expropiador solo estará interesado en comprar el control. Se establece entonces, y es común señalarlo, en beneficio del socio minoritario. Sin embargo, aun el socio minoritario puede verse tentado de vender su parte social transformando la sociedad *–y ganando por ello–* en por ejemplo “durmiendo con el enemigo”, al venderle a un competidor. O en otros supuestos, reseñados por las Sáez y Bermejo, cuando el socio minoritario cuenta con inversiones líquidas, lo que le confiere mayor libertad para abandonar el proyecto, y el mayoritario está más involucrado en la estructura, situación frecuente en mercados volátiles, o de productos de rápida obsolescencia.

De esta forma, perspectivizada como mecanismo de protección a los socios que podríamos llamar actores secundarios, aunque en algún caso son los que financian la actividad, atribuye a estos últimos el derecho de aprovechar las condiciones económicas obtenidas por el socio mayoritario o con ciertas características que lo hacen proclive a irse sin mayor impacto o incluso obteniendo un plus, como señalaban las profesoras españolas antes citadas, en caso de venta de la participación relevante. Como consecuencia de las situaciones jurídicas emergentes de esta cláusula, el sujeto que tiene la intención de ceder su participación en el capital puede hacerlo si obtiene de su posible adquirente que este a su vez adquiera las restantes porciones en las mismas condiciones. De este modo, el socio minoritario o secundario tiene el derecho de vender al tercero adquirente. De esta forma, los socios minoritarios o secundarios podrán recibir las ventajas propias de la negociación del mayoritario o principal. Así, con el derecho de arrastre se obtiene una adecuada certeza sobre la suerte que correrán los protagonistas en caso de la aparición de terceros interesados en la compañía, independientemente de la porción de capital que a cada uno corresponda y de haber participado o no en la negociación del contrato de compraventa respectivo. Así, la cláusula *tag along* coloca al socio mayoritario o con mayor peso por circunstancias ajenas a la porción de capital en la sociedad, v. g., él es el que sabe del negocio, en situación en que se presenta un tercero con intención de adquirir el control de la empresa, en una obligación consistente en procurar para los otros socios, los minoritarios, una oferta de adquisición en las mismas

condiciones en las que está dispuesto a adquirir las partes del socio mayoritario o destacado. De esta forma, el socio podrá vender su propia participación. El socio mayoritario o destacado queda colocado en situación de obligación y el otro en situación de crédito. Al redactar dichos enunciados será oportuno describir con precisión, el sujeto obligado por el *tag along* y los beneficiarios del mecanismo, respectivamente deudor y acreedor o acreedores, el supuesto de hecho que da lugar a que se verifique el comportamiento exigible, v. g., si se indicara compraventa, son enajenadas a través de otro negocio oneroso, no se verificará la situación y si en ese negocio se las intercambia por la prestación de energía humana, no habrá precio que considerar, por lo que deberá estipularse este supuesto también y la valuación en ese caso, los aspectos procedimentales con particular detenimiento en lo relacionado con las condiciones de adquisición a ofrecerse al socio o socios acreedores, beneficiarios de lo pactado por parte del tercero adquirente y la parte del capital referente material de lo pactado, la totalidad o un porcentaje, en cuyo caso se prorrateará respecto a lo vendido por el socio mayoritario o principal.

Corresponde calificar qué situaciones jurídicas genera la previsión de *tag along*. Podría sostenerse que se trata de una mera obligación de hacer. Pero podría reconducirse a la situación de hecho de un tercero.

Se reconoce así al beneficiario, en general el socio minoritario, de enajenar sus acciones o participaciones, en situación de paridad con lo acordado por el socio mayoritario, en tanto este tenga interés de no permanecer si no lo hace aquel, v. g., no se siente cómodo con el nuevo controlador.

El socio mayoritario garantiza –o se obliga según se postule– que el tercero se tornará adquirente de las participaciones minoritarias, en tanto el minoritario puede o no vendérselas.

Se reconduce, desde el punto de vista jurídico, a una promesa de hecho del tercero o *porte fort*, pero condicionado. La condición, hecho futuro e incierto, no ingresa en la categoría de condición meramente potestativa, inadmisibles en tanto tal, pues se vincularía con un hecho del propio deudor indiferente para el mismo, sino de una condición potestativa mixta, esto es, se relaciona con la voluntad del promitente,

socio mayoritario, de enajenar las acciones a un tercero, pero este tiene un interés personal, objetivamente constatable, en que este hecho —compraventa— se realice.⁵⁴⁰

Podrá pactarse que la condición se entiende verificada por diversos actos jurídicos tendientes a concretar la enajenación, sin que se sea imprescindible que se haya procedido a la tradición.

Respecto a si lo emergente del pacto conforma una garantía —responsabilidad objetiva— o una obligación y en su caso, cuál es el factor de atribución de la responsabilidad para el caso de incumplimiento, dependerá de la regulación de cada ordenamiento jurídico.

En el Derecho argentino el art. 1026 CCyCo conforma como obligación la promesa del hecho de tercero, indicando que quien promete el hecho de un tercero queda obligado a hacer lo *razonablemente necesario* para que el tercero acepte la promesa, lo sujeta la diligencia exigible, y prevé que se ha obligado de forma objetiva, si ha garantizado que la promesa sea aceptada, queda obligado a obtenerla y responde personalmente en caso de negativa. En cambio, en el Derecho uruguayo, para el caso de promesa de hecho del tercero, la responsabilidad es objetiva, salvo pacto en contrario, por lo que si se subsume en esta figura la situación consistente en que el sujeto obligado al *tag along*, o sea, el socio mayoritario o principal, no obtiene el consentimiento del tercero para que adquiera la participación del minoritario, responde de la conducta del tercero. El factor de atribución en ese caso es objetivo, garantía, y el sindicado como obligado a responder lo hace si el tercero no adquiere las acciones, en cuanto garante de un comportamiento ajeno. Debe garantizar la indemnidad del socio beneficiario de la garantía, esto sin perjuicio de las garantías —en el sentido del término que no incumbe a un factor de atribución de la responsabilidad, sino a sumar situaciones jurídicas activas— que se hubieran establecido, v. g., prenda sobre las acciones. El CC español no regula la promesa de hecho ajena, por lo cual debe estarse a lo que se establezca específicamente en el contrato. Las consecuencias serán diversas, según se caracterice como obligación de procurar el hecho del tercero, obligación de hacer, como obligación de indemnizar si el tercero no cumple, o como asunción de riesgo de que el tercero no desarrolle lo pretendido, o aun como garantía.⁵⁴¹

⁵⁴⁰ Sobre la distinción entre estas variantes de condición, CAFARO, E. y CARNELLI, S., *Eficacia contractual*, op. cit., pp. 70-71.

⁵⁴¹ Para esta figura, en el Derecho español puede consultarse el histórico trabajo de GULLÓN BALLESTEROS, A., “La Promesa de Hecho Ajeno”, en *Anuario de Derecho Civil —español—* V. 17, n. 1, año 1964, pp. 3-20.

En el sistema brasileño, esta posibilidad está prevista en los arts. 439 y 440 del CC de ese país. En Brasil, cuando configura un vínculo patrimonial por el que el promitente se obliga a favor del promisorio a un hecho del tercero, la dogmática de aquel país la califica como obligación de hacer consistente en obtener del tercero el comportamiento prometido, incluida “*a celebração de um negócio jurídico*”. Ahora bien, en ese sistema jurídico, con la particular incidencia que tiene la buena fe y la función social del contrato, se ha llegado más lejos, planteándose que en la interpretación de lo pactado habrá que analizar infiriéndolo de las circunstancias, de los usos del tráfico del comportamiento de las partes, de la buena fe objetiva, si el promitente responde, no ya del hecho de que el tercero se obligue, sino de que cumpla con la obligación ya asumida, el factor de atribución de la responsabilidad es objetivo, asimilándose el supuesto a una obligación de resultado.⁵⁴² Como particularidad específica de dicho ordenamiento cabe señalar que no hay responsabilidad si el tercero fuera el cónyuge del promitente, dependiendo de su anuencia al negocio, siempre que conforme al régimen de bienes del matrimonio, y el pago de la indemnización recaiga “de algún modo” sobre sus bienes.⁵⁴³

Entre las funciones de la cláusula de *tag along* se destaca otra, permitir a quien ha entrado en el capital de una sociedad en razón de la presencia de un determinado sujeto, salir cuando el socio de referencia decida vender. Es este el caso de la compra de una sociedad que involucra a un sujeto referente y a un grupo de sujetos por motivos comerciales y financieros, decidieron adquirir juntos la participación de la sociedad objetivo “target”, y que tienen la intención de permanecer como socios de este, solo hasta el momento en que el sujeto más representativo del grupo, v. g., el que tiene el *expertise* profesional o una imagen que importa a los efectos comerciales, mantenga la propia participación social.

⁵⁴²Art. 439: “*Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar. Tal responsabilidade não existirá se o terceiro for o cônjuge do promitente, dependendo da sua anuência o ato a ser praticado, e desde que, pelo regime do casamento, a indenização, de algum modo, venha a recair sobre os seus bens*”.

⁵⁴³DIVIZIA, E., “Clausole statutarie di covendita e trascinamento”, en *Notariato*, II, 2009, disponible en https://www.fdnотai.it/wp-content/uploads/2019/04/Clausole_statutarie_di_covendita1.pdf; consultado el 5 de abril de 2021, a quien seguimos en este segmento.

Este pacto de “llévame contigo” o derecho de acompañamiento tiende a proteger a las minorías, normando un supuesto de cambio de control en la sociedad, que implicará que el interesado adquiera a los minoritarios sus acciones. Esto puede plasmarse en la compra de todas o en la compra a prorrata de las que pensaba adquirir originalmente al mayoritario obligado –o garante– y al o a los minoritarios. La instrumentación de la verificación de la condición puede variar, previéndose que el socio deba comunicar al órgano de administración o a los beneficiarios del pacto, la intención de vender o lo actuado al respecto. Las limitaciones en cuanto al lapso en que deberá expresarse la noticia del interés del tercero y la decisión del mayoritario de vender, así como los porcentajes que el tercero debe tener intención de adquirir. También la exigibilidad puede combinarse con el requisito voluntario de eficacia plazo, esto es, solo si se verificara en cierto plazo la oferta, entre otros aspectos a regular.

Los mecanismos para garantizar el cumplimiento pueden variar, siendo aconsejables, de ser posible, mecanismos severos que generen obstáculos severos a la transferencia de acciones fuera de los mecanismos del pacto. En ese sentido no parece eficiente establecernuevas obligaciones, las que en tanto tales son pasibles de incumplimiento, v. g., no se podrá inscribir a un nuevo socio sin que los demás expresen su voluntad; considerando además que el buen o mal grado con que la minoría vea la incorporación del tercero, es indiferente en esta situación, pues si el mayoritario logra concretar la venta y un nuevo socio adquiere el control, a este puede resultar irrelevante que los otros se le enfrenten, puede tener la intención, por ejemplo, de generar aumentos de capital que impliquen la disminución de las participaciones de los otros, en términos no técnicos, la intención de “licuarlos”. En los sistemas como el brasileño y el uruguayo, donde es posible la inscripción, esto hace que el incumplimiento no sea oponible a los beneficiarios del pacto, lo que colocará a la sociedad en un estado de crisis, por lo que en ejercicio de la tutela preventiva es más oportuno evitar, por la vía de mecanismos apropiados, que la posibilidad de incumplir se verifique.⁵⁴⁴

⁵⁴⁴La inclusión de este derecho en los estatutos en el Derecho español ha sido objeto de debate, en mérito a lo establecido en los arts. 108.2 de la LSC y 123.5 del RRM, que prevén la nulidad para la previsión por la que el socio se ve obligado a transmitir un número diferente de porciones de capital de las que ofrezca. A algunos autores les parece válida pero desaconsejable la inserción de esta cláusula y a otros les parece que sí es posible el pacto pero previendo la posibilidad de arrepentimiento, esto es, teniendo a la vista cómo queda la situación al sumarse los minoritarios. Al respecto, PERDICES HUETOS, A.B., “‘Llévame contigo’ (Las cláusulas estatutarias de venta conjunta de acciones y participaciones)”, disponible en <http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/aph-%20llevame.pdf> Señalan que en la práctica forense se establecen en sede de transmisión o como prestación accesoria el autor y registrador, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El Protocolo Familiar”, *op. cit.*, p. 150.

Este tipo de cláusulas y en general las que restringen la circulación de partes sociales o acciones son imprescindibles en los pactos parasociales con vocación de permanencia. Es evidente que sin la condición de socio, las situaciones jurídicas generadas por ellos y las finalidades pretendidas al celebrarlos se desvanecen como la niebla en las costas del Río de la Plata al promediar la mañana en invierno. La intensidad o regulación de las limitaciones dependen de los intereses involucrados, si el pacto agrupa a entidades prestadoras de servicios de una región, con fuerte componente social, y aparece un accionista desde una limitación casi absoluta de la transmisión, hasta una libertad casi total. Por ejemplo, es normal que los sindicatos de voto vayan acompañados por un sindicato de bloqueo que establezca restricciones en la transmisión de acciones o participaciones de los socios sindicados, y las permita, normalmente, a favor de otro socio sindicado. Cláusulas de bloqueo (mencionadas con el anglicismo *lock-up*) establecidas con el fin de que ciertos socios no abandonen la sociedad, por un lapso en que su presencia interesa; y para evitar el ingreso de nuevos socios evitando una no deseada fungibilidad, la que de concretarse tendría negativo impacto en la marcha de los negocios. Es evidente que más allá de la forma jurídica adoptada, hay actores claves en la vida societaria que es deseable que estén, y luego y evitar que lleguen “caras extrañas” o conocidas pero malvenidas, por etiología diversa, relacionada a la marcha de la sociedad.

En España se ha propiciado la inclusión de estas cláusulas en los estatutos sociales. En otros ordenamientos jurídicos en los que se reputa esencial la transmisibilidad de las acciones para el caso de sociedades anónimas, esto no es concebible.

Este tipo de previsiones deben alcanzar la regulación de las transmisiones originadas por cualquier acto o hecho jurídico, v. g., muerte o disolución y liquidación de una persona jurídica, pero incluso la que puede comportar el divorcio en caso de ganancialidad de las acciones.

Esto para que se torne efectivo debe ir acompañada de una garantía real sobre las acciones o de un depósito con instrucciones para el depositario.

En Uruguay, la regulación debe tornarse muy detallada si se trata por ejemplo de *sociedades de profesionales universitarios*, organizadas como sociedades

civiles, donde para el ingreso de nuevos socios deberán ponderarse y preverse aspectos como conocimientos profesionales, tanto generales como especializados; actitud de servicio; reconocimiento externo, tanto en el ámbito profesional como puramente personal; o habilidades de dirección; sentimientos de pertenencia; habilidades comerciales; comportamiento ético. En relación con los procedimientos para la selección, las mayorías para autorizar la incorporación si el postulante expresa su consentimiento a lo dispuesto en el contrato de sociedad, aceptan las condiciones de la sindicación y todas las resoluciones adoptadas en el marco normativo del contrato social y de los convenios. Pero establecidos estos requisitos, debe definirse si estos son informativos o si son susceptibles de revisión los votos de los socios o de ponderación objetiva en algún ámbito. También las participaciones sociales que recibirá el nuevo socio y de quién las recibirá, v. g., en igual proporción de parte de cada uno de los socios existentes al momento del ingreso. Asimismo, eventuales mecanismos de financiación de la compra por parte del nuevo socio, si quien la financia es la sociedad, las mayorías calificadas o la unanimidad para decidir el interés y su tasa y la forma de pago. También en este tipo de sociedades con un fuerte componente personal deben regularse la situación de incapacidad total, ausencia, concurso o muerte de un socio: estableciéndose por ejemplo, que acaecido alguno de estos supuestos, la sociedad abonará al socio saliente, a los herederos judicialmente declarados, a la masa concursal, a quien lo represente o administre sus bienes, el importe de la participación social, estableciendo la forma de cálculo, por ejemplo, respecto a un porcentaje de la facturación; debe regularse en ese caso cuando devendrá exigible el crédito. Para este tipo de sociedades asimismo debe regularse el supuesto de incapacidad parcial, y el lapso por el que se aguarda la recuperación, y en qué casos se podrá entender y por qué mayorías que se ha pasado a un supuesto de incapacidad total, asimismo qué sumas percibirá el incapacitado o un mecanismo para que el resto de los socios fijen la misma. También el procedimiento en caso de egreso del socio voluntariamente, en este tipo de casos es usual que se repartan a prorrata entre los otros socios y luego se redistribuyan a nuevos socios que ingresen, puede distinguirse la situación en que el socio se retira para jubilarse, de situaciones de egreso antes de la jubilación donde suelen establecerse detracciones. También podrá preverse la situación de salida obligatoria por edad, previéndose incluso la extinción de pleno derecho del vínculo al alcanzarla y la transmisión a los restantes.

Estas situaciones de las sociedades de profesionales no son más que compraventas sometidas a condición (incapacidad, divorcio) o a plazo cierto y determinado (edad jubilatoria) o cierto e indeterminado (muerte), en este último caso se combinan los plazos el que se verifique primero hace que despliegue sus efectos la compraventa. Estas consideraciones son trasladables en general a las sociedades anónimas cerradas.

Para evitar el incumplimiento de estas obligaciones resulta decisivo prever mecanismos severos de garantía. En las sociedades personales la ley establece este tipo de limitaciones, pero la parca regulación legal torna conveniente el detalle a través de pactos parasociales.

Aquí juegan dos intereses contrapuestos, el del socio que se retira o fallece y en ese caso el de sus sucesores a título universal o singular, por un lado, y el de los restantes socios que permanecen en esta, por otro.

Señala el profesor valenciano Vázquez Lepinette que en la práctica española para las sociedades familiares, es usual la contratación de un seguro que cubra esta contingencia de salida, y proporcione los dineros necesarios para asumir la adquisición, sea por los socios o por terceros. El contratante del seguro son los socios o la sociedad, y la finalidad que permita obtener los fondos suficientes para proceder a la compra, incluso se contrata un seguro de vida respecto a cada uno de los socios, que son los asegurados.⁵⁴⁵ También se da en el Río de la Plata para el caso de sociedades de profesionales, cuando se recibe el importe al acaecimiento del óbito, las sumas se destinan al pago a los herederos o legatarios del importe del precio en la compraventa pactada sometida a plazo suspensivo incierto muerte, o su caso el valor del reintegro de la porción de capital al extinguirse la relación si se trata de sociedades personales.

⁵⁴⁵VÁZQUEZ LEPINETTE, T., “Algunas notas sobre los pactos de desinversión en las Sociedades Familiares”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: constitución. Gestión, responsabilidad, continuidad y tributación* vol. 5 – *Capitalización, inversión y financiación de la empresa familiar. El acceso a Bolsa*, Garrido Melero, M. – Fugardo Estivill, M.(coords.), 2005, pp. 569-590.

F) Particularidades en las “Startups”

El término en inglés “startup” alude a empresas de emprendedores, empresas emergentes, pero no a cualquier empresa emergente, sino a las vinculadas a actividades propias de la modernidad tardía con eventuales posibilidades de expansión a gran escala en función de las características de la idea fuerza del negocio. Se connotan sociedades con un fuerte componente tecnológico, relacionadas con el manejo de información y comunicación; con algunos emprendedores devenidos millonarios, al igual que en el ámbito del fútbol muchos practican con dicha expectativa. Con su idea, los socios fundadores buscan mecanismos de financiamiento no tradicionales, procurando capital de trabajo en inversores que toman la contingencia de ganancia o pérdida, los fundadores presentan su idea y eventualmente su modelo de negocios. En un comienzo apuntan a personas allegadas interesadas en invertir y los apoyan, o se acercan a personas con experiencia que cuentan con capital como para invertir y adherirse a la idea, que incluso pueden participar aportando sus conocimientos respecto a aspectos operativos, en los que muchas veces los innovadores no reparan.

Si el proyecto avanza, las *startups* suelen buscar financiación en sociedades de “Venture Capital” o “Private Equity”. En general, estas dos formas de inversión se dan cuando la *startup* necesita un impulso en la comercialización y el desarrollo de sus productos o servicios, y en su caso, para la internacionalización del negocio.

Por lo general, en este último caso, los mencionados inversores, aunque no se involucran directamente en la gestión cotidiana del negocio, suelen exigir a la *startup* negociar y regular las condiciones de su entrada en la sociedad, a través de un pacto de socios, regulando los aspectos políticos de los socios y los económicos, derechos y obligaciones de los socios fundadores y los socios inversores.

De entre los ordenamientos que consideramos en la presente, en Brasil se ha regulado específicamente la participación de los inversionistas en los *startups*, brindando la posibilidad de que no ingresen como socios. Con fecha 2 de junio de 2021 se dictó la ley complementaria 182/2021, que regula en su art.5º los aportes de capital a en las *startups*, indicando que dicha inversión podrá resultar o no en participación en el capital social, reservando la modalidad de inversión a la autonomía privada y explicitando en su art. 5, § 1º, lo siguiente: que no sea considerado como integrante del capital de la empresa el aporte realizado a través de los siguientes instrumentos: el contrato de opción de suscripción de acciones o cuotas celebrado entre el inversor y la empresa, o entre el inversor y los socios o accionistas, los debentures convertibles

emitidos por la empresa en los términos de la LS brasileña, el contrato de mutuo convertible en participación societaria celebrado entre el inversor y la empresa, la estructuración de la sociedad en cuenta de participación celebrada entre el inversor y la empresa. Tampoco el inversor “ángel”, figura ya recogida en la Ley brasileña 155/2016, que es tipificada como alguien que “*não é considerado sócio nem tem qualquer direito a gerência ou a voto na administração da empresa, não responde por qualquer obrigação da empresa e é remunerado por seus aportes*”. Si bien el análisis de la figura trasciende el presente, parece caracterizarse como un contrato parciario, el último literal incluye una suerte de disposición amplificadora señalando que quedan alcanzados otros instrumentos en que el inversor, persona física o jurídica, no integre formalmente el cuadro de accionistas o socios. Se aprecia, asimismo, la posibilidad que podrá instrumentarse como opción o similar, de transformar el aporte en cuota social o acciones según el tipo social de que se trate,

Especialmente se establece que el inversor no responderá de ninguna deuda de la empresa, incluso laboral o tributaria, aun las que se basen en la desconsideración de la personalidad jurídica (*disregard*), salvo dolo, fraude o simulación, esto es, la utilización de esta figura cuando en realidad no se trata de un innovador y de un inversor, sino de dos socios, donde uno es solvente y busca parapetar su calidad de tal valiéndose de estas herramientas.

En los restantes tres ordenamientos considerados no existe esta regulación, los inversores ingresarán como socios o accionistas a la *startup*, configurada con las herramientas más ágiles en su conformación, como las SAS en Argentina reguladas por la Ley 27349, de 29 de marzo de 2017, y en Uruguay por la Ley 19820, de 27 de setiembre de 2019, pero sin una regulación del tipo de la brasileña. En España, las normas sobre emprendedores refieren a varias ventajas competitivas, pero sin habilitar estas figuras previstas en la ley brasileña. La conformación del vínculo entre el emprendedor y el inversor podrá canalizarse a través de los pactos parasociales.⁵⁴⁶ En

⁵⁴⁶Entre otras pueden mencionarse la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; o la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

Uruguay, la flexibilización del régimen para las SAS hace que algunos aspectos puedan regularse en el estatuto social (véase *infra* Capítulo séptimo).

En materia política en el pacto, corresponderá determinar la composición del órgano de administración y el régimen para la adopción de ciertos asuntos calificados como trascendentes, en una o varias clases.

En el momento inicial la *startup* probablemente esté administrada por el fundador o fundadores. Al ingreso del inversor, este podrá requerir tener intervención, en el directorio o en el órgano de administración, la razón es evidente, incidir en las decisiones para preservar su inversión evitando que se dilapide. La regulación específica dependerá del perfil del inversor, un “inversor ángel” podrá tener interés en intervenir, aportando su *expertise*. En un escenario de inversor puro probablemente solo se prevea su aquiescencia para decisiones trascendentes para el emprendimiento, en particular en materia económico-financiera, también podrán presentarse escenarios combinados.

En cualquier caso, para ciertas materias se establecerán mayorías especiales, considerando que el inversor puede ocupar una posición minoritaria en el capital social, o el consentimiento del inversor para la adopción de ciertas decisiones. Respecto a los mecanismos de oponibilidad o eficacia y a la posibilidad de inclusión en el contrato social o estatuto, depende del Derecho positivo. En los sistemas brasileño o uruguayo es admisible la inscripción con los efectos que se verán en el capítulo séptimo.

En el derecho español destaca De Ulloa Lapetra que deben tomarse recaudos en caso de recogerse la regulación en el contrato social, en las sociedades de capital, para evitar que el registrador rechace la inscripción asumiendo que implica el derecho de un solo socio a impedir la adopción de determinadas resoluciones, lo que está inhibido por la LSC de ese país.⁵⁴⁷

Es muy relevante en este tipo de pactos, precisar los derechos de información y el interés de los inversores puede hacer que se potencien en los enunciados del pacto, estableciéndose, como destaca el autor en cita, la obligación de remitir documentación o información contable a los socios inversores con cierta periodicidad; la necesidad de una auditoría de los estados contables, aunque no fuera preceptiva, y suministrar información, así como brindar información periódica sobre la marcha de los negocios, lo que implica la obligación por parte de los socios

⁵⁴⁷ULLOA LAPETRA, G.DE, “El Pacto de socios y las startups”, en *Acuerdos y Pactos Parasociales*, Cazorla González-Serrano, L. (dir.), *op. cit.*, p. 270.

emprendedores de poner a disposición del inversor información suficiente, clara y veraz.

También lo es para el éxito del emprendimiento la permanencia de los fundadores desempeñando su actividad, que puede resultar infungible y esencial a la consecución del éxito en el emprendimiento, lo que además de las clásicas cláusulas de limitación a la transmisión, pueden implicar que se incluya la obligación de prestar servicios por parte de los emprendedores. Para garantizar la permanencia, más allá de los clásicos mecanismos de garantía o convocatoria a responsabilidad civil, se utiliza cierto sistema de incentivos, conocidos con el anglicismo “vesting”, que hacen que adquieran mejores condiciones económicas o derechos sociales con la consecución de ciertos objetivos a lo largo de cierto lapso. Esto va acompañado de la exclusividad dentro del contrato de socios. Puede entenderse desde un doble punto de vista. Por un lado, como exclusividad absoluta, es decir, el socio emprendedor se compromete a no trabajar en otra actividad distinta a la desarrollada por la *startup* o la exclusividad relativa o específica, por la que el socio se puede comprometer a no trabajar en otra *startup*, o incluso en otra empresa que lleve a cabo una actividad similar a la de la *startup* de la que forma parte. Por otro, si tiene otras actividades una dedicación, una dedicación acorde con lo que deberá estipularse. En ese mismo sentido se inserta la regulación de no competencia, en una actividad similar que puede ser competencia de la de *startup*, esto alcanza un tiempo razonable posterior a la desvinculación. En España este aspecto se regula en el art. 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, el que fija una compensación, en ese caso un límite temporal de dos años para la existencia de dicha limitación para los técnicos, y en cuanto al fundamento de la estipulación debe atender a ciertos aspectos referidos como “interés de la empresa”, concepto jurídico indeterminado que alcanzará desde aspectos obvios, como la clientela o la propiedad intelectual, hasta otros que serán pasibles de debate. El abandono del emprendimiento puede responder al incumplimiento de lo pactado. El evento dañante puede conformarse de dos modos, el desempeño del emprendedor no responde a la diligencia exigible, y es despedido, o el mismo se desvincula por su voluntad, a efectos de evitar acudir a procesos para determinar montos indemnizatorios; en ese caso es posible incluir una opción de compra a favor del inversor, que permita adquirir a valor nominal las

participaciones del emprendedor incumplidor. En caso de producirse alguno de estos supuestos, otra alternativa, realizada en la práctica, dice relación con diversos niveles de precio según la permanencia del accionista cuyo trabajo se valora muy necesario para el éxito del emprendimiento, conectándose así el vínculo de trabajo con la relación societaria, el análisis de esta conexión es ajeno al objeto del presente. El egreso puede producirse por causa extraña no imputable al emprendedor, esto incluye la decisión de otros accionistas, o la imposibilidad de ejecutar la prestación a su cargo, *v. g.*, fallece, y se trata de una prestación infungible, o se incapacita, en ese caso la previsión puede reconducirse a la opción, pero el valor será el venal. Esta alternativa también puede morigerarse, haciendo compartir el riesgo al emprendedor y al inversor, estableciéndose precios que no son los de mercado para los primeros años sin inferiores. También en el caso de los fundadores o de socios, cuya prestación personal resulta muy relevante para la compañía, puede preverse una retribución, en cualquiera de las variantes concebibles, fijas o por metas, o combinadas. En España la retribución tiene limitaciones en cuanto a la forma que surgen del art. 217 de la LSC de ese país, donde a su vez se distingue en caso de la existencia de un órgano de administración colegiado, a aquel integrante que desempeña funciones ejecutivas.⁵⁴⁸

También puede apelarse a la creación de diferentes clases de participaciones sociales, con diversos derechos para ingresar los distintos niveles de incidencia y de derecho a dividendos en el contrato o estatuto social, abandonando el ámbito objeto de estudio.

En lo relacionado a derechos económicos, en un pacto parasocial pueden establecerse criterios de preferencia o cesiones de créditos futuros, condicionada al supuesto de liquidación o venta de la compañía, en favor de alguno de los pactantes. Situación que básicamente se establece en favor del inversor, de forma que en caso de liquidación se pueda morigerar la pérdida de lo invertido. En este sentido, es posible pactar diversas modalidades, conocidas por su denominación en inglés, que van desde la menos gravosa para el socio fundador, en la que los inversores tendrían derecho a percibir el importe que aportaron a la sociedad y los dividendos devengados, hasta otra variante mucho más severa, que implica que en caso de liquidación o de venta de la compañía, los inversores recuperen su inversión, multiplicada por la cifra que se

⁵⁴⁸ Un resumen del régimen vigente puede consultarse en PRADOS RAMOS, L., “La retribución de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, disponible en <http://notarialuisprados.com/la-retribucion-de-los-administradores-de-las-sociedades-de-capital/> consultado el 26 de junio de 2021.

acuerde, lo que impacta negativamente en los fundadores y otros socios o accionistas que se hayan incorporado luego. Una última variante, de cláusula tipo, entraña que el inversor recibe la inversión realizada y, además, si hubiese excedente, este se reparte entre todos los socios a prorrata de su porcentaje en el capital social de la sociedad, lo que genera que el inversor recupera su inversión y recibe del remanente, un porcentaje equivalente a su participación en el capital.

Para el reparto de dividendos, en España, en caso de que no se repartan por más de cinco ejercicios seguidos surge el derecho de receso. Ante ello puede pactarse que los socios renuncian a su derecho a ejercitar el citado derecho de separación, esto tiene base en la lógica, consistente en que en los primeros años las *startups* destinan los dividendos, si es que los obtienen, al desarrollo del negocio para alcanzar los niveles de crecimiento que se pretenden. También presentan particularidades las cláusulas antidilución, en función de lo que ocurra en las sucesivas rondas de inversión.⁵⁴⁹

G) Particularidades en casos de financiamiento masivo a través de convocatoria por una página web

Este mecanismo, conocido por su expresión en inglés, *crowdfunding*,⁵⁵⁰ se basa en un aumento de capital y el ofrecimiento y posterior adquisición por un gran número de personas físicas o jurídicas, de acciones o partes sociales, a través de mecanismos en línea, con oferta en una página web, quienes las adquieren son personas que conforman el denominado *crow* y financian *–funding–* cierto proyecto. Otras variantes ajenas al objeto del presente se basan en donaciones, aun modales, para la financiación del proyecto, o a tomar pasivo, constituirse en deudor frente a los a la sazón mutuantes.

La variable respecto a lo que ocurría en el siglo XX es la vía por la que se difunde el canal de captación, no el mecanismo de recabar muchos inversores para una compañía, o socios para otros tipos. Las cooperativas de consumidores –consumo, ahorro y crédito– afiliaban masivamente desde hace más de cien años a socios, incrementando de forma exponencial la membresía, en el marco del principio de puertas abiertas,

⁵⁴⁹ ULLOA LAPETRA, G. DE, “El Pacto de socios y las startups”, *op. cit.*, pp. 276-279.

⁵⁵⁰ Término acuñado para referir a esta operatoria, creado por Michael Sullivan en 2006, cuando lanzó Fundavlog.

personas con intereses homogéneos, que no se conocen, que se incorporaban y todos ellos aportaban capital, para recibir el servicio propio del objeto social. La diferencia reside en internet, en el marco de la modernidad líquida.⁵⁵¹ Al igual que en el cooperativismo se procura eliminar a intermediarios, así el financiamiento no se recibe de bancos o proveedores, sino de un gran número de personas. Se procuran financiadores que a la vez podrán convertirse en consumidores, pero en vez de a través de una empresa de propiedad conjunta y democráticamente gestionada, mediante una sociedad fundada por alguien que tuvo la idea y la ha lanzado a la vidriera en la era del hiperconsumo.⁵⁵² Para posibilitar esta forma de financiación colaborativa surgieron otros proveedores que justamente brindaban ese servicio.

Relevado que estas formas de financiamiento existen, tal vez desde la noche de los tiempos, y tienen como particularidad hoy el soporte a través del cual se contactan los interesados y el oferente, la dogmática señala las particularidades a la luz de la normativa vigente.

En España, la Ley 5/2015, de fomento de la financiación empresarial, que subsume la figura en otras que captan ahorro público, sirviéndose en lo que interesa al presente en la emisión o suscripción de acciones ordinarias y privilegiadas u otros valores representativos del capital; o la emisión o suscripción de participaciones de SRL, tratándolas como sociedades de capital, que deben cumplir los requisitos requeridos y recibir la autorización de la CNMV de ese país. Como señala Moreno Serrano, dependiendo de la modalidad habrá que completar el régimen con las normas de la LSC, el Código Civil y de Comercio español, y las normas en materia de defensa del consumidor. En este último aspecto destaca la falta de información respecto a los tipos contractuales que vinculan a los aportantes con el promotor. El art. 79. d) de la citada ley española sobre financiamiento dispone que se debe describir cuáles son los derechos vinculados a las participaciones o acciones, y su forma de ejercicio, incluida cualquier limitación de esos derechos, además de información sobre la amortización y remuneración de los valores o su forma de cálculo cuando no sea posible comunicarla con anterioridad, pactos de recompra y limitaciones a la venta. Asimismo, el art. 80.1.c) edicta que debe comunicarse de forma inmediata a la sociedad y por esta a los socios, de la existencia de pactos parasociales que tengan por objeto el ejercicio del derecho de

⁵⁵¹ Sobre este concepto, BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, 1ª edición, Ed. F.C.E, Buenos Aires, 2009.

⁵⁵² Para una visión crítica de esta realidad, BAUMAN, Z., *Vida de consumo*, Ed. F.C.E., Buenos Aires, 2008.

voto en las juntas generales o que incidan de algún modo en la transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales. Por lo que de existir un convenio de sindicación al que el inversor adhiere al invertir, debe ser informado. Esos pactos parasociales en este marco tendrán vocación regulatoria sobre aspectos como la variación de la incidencia política de algunos socios, la composición del órgano de administración, entre otros. Las cláusulas incluidas son cláusulas predispuestas, siendo aplicables las normas y desarrollos doctrinarios sobre los contratos de adhesión. En efecto, la decisión de invertir lleva consigo la adhesión al pacto de socios *in totum*.⁵⁵³

La dogmática española ha subsumido la situación de necesidad de suscripción previa del pacto de sindicación en una prestación accesoria, se trata de una situación jurídica emergente del contrato social, que debe cumplirse por los socios. En ese país se ha apelado a establecer en el estatuto o contrato social, la obligación de hacer consistente en otorgar el pacto parasocial como prestación accesoria. Esto ha sido

⁵⁵³ Indica el profesor de la Universidad de la República –Uruguay– Andrés Mariño López: “... en algunos sistemas jurídicos se ha previsto el control de las cláusulas abusivas contenidas en todos los contratos de adhesión, sean celebrados con consumidores o no, como sucede, por ejemplo, en la Ley alemana de condiciones generales de la contratación (AGB) y el art. 1171 del Código civil francés, luego de la reforma de 2016.²³ Sin embargo, la mayoría de los sistemas jurídicos prevén el control por el juez de las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión con consumidores (como, por ejemplo, los arts. 30 y 31 de la Ley de Defensa del consumidor uruguayo), o de los contratos con consumidores en general, sean contratos de adhesión o no (por ejemplo, arts. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor argentino, y 51 del Código de defensa del consumidor brasileño). En algunos sistemas, a su vez, se admite la extensión del control del contenido del contrato de adhesión con consumidores al denominado ‘consumo empresarial’. Así, por ejemplo, en el sistema jurídico español, donde se prevé el control de cláusulas abusivas en contratos de adhesión con consumidores (arts. 82 a 91 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y Leyes complementarias), la jurisprudencia ha admitido la aplicación del control de las cláusulas abusivas de contratos con doble finalidad de consumo y empresarial. Así surge, por ejemplo, de la Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 1ª, de 5 de abril de 2017.²⁵ La lectura del contrato en clave constitucional permite sostener que en los sistemas jurídicos que no contienen normas legales que dispongan el control del contenido del contrato de adhesión no celebrado con consumidores, la ruptura del equilibrio contractual por una cláusula prerredactada e impuesta por una de las partes en perjuicio de la parte adherente, en cuanto viola el principio de igualdad contractual de rango constitucional, carece de efectos por ser nula, y procede la revisión judicial del contrato para restablecer el equilibrio contractual alterado. En los sistemas jurídicos, como el uruguayo, que solo disponen el control judicial de las cláusulas abusivas para los contratos de adhesión con consumidores o, como sucede en los sistemas jurídicos argentino y brasileño, que prevén el referido control del contenido contractual para todos los contratos con consumidores, la aplicación del principio de igualdad de rango constitucional a la regulación del contrato determina que todos los contratos prerredactados e impuestos por una de las partes sean pasibles del control de abusividad de sus cláusulas”. MARIÑO LÓPEZ, A., “Principio de igualdad, ruptura del equilibrio contractual y revisión del contenido del contrato de adhesión no celebrado con consumidores. Un estudio en clave constitucional”, en M. Amorín Pisa – L. B. Pérez Gallardo (coords.), *El Derecho contractual en clave constitucional*, Ed. Olejnik, Madrid - Santiago de Chile, 2021, p. 65.

admitido por la dirección general de registros y notariado,⁵⁵⁴ de forma de justificar la negativa de venta a quien previamente no la haya cumplido. Asimismo, como mecanismo adicional, de forma de garantizar el cumplimiento del pacto parasocial se sugiere la inclusión en el estatuto o contrato social de un representante común para ejercer el voto de los inversores masivos sindicados en cumplimiento de la prestación accesoria.⁵⁵⁵ Universalmente, en el cooperativismo, para evitar este tipo de prácticas, se limita la posibilidad de representación en los órganos de gobierno, de forma que el representante debe ser socio, y un socio no puede representar a más de un socio. La referencia al cooperativismo⁵⁵⁶ es ineludible por cuanto se ha indicado al analizar el *crowdfunding*, que responde a una reorientación a actuar en iniciativas comunes o colectivas, dejándose de lado el individualismo.⁵⁵⁷ Así, la profesora de la Universidad

⁵⁵⁴La resolución de la DGRN de 25 de septiembre de 2014, en el párrafo segundo del fundamento de Derecho 1 indica: "... El artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital, tras permitir que en los estatutos se establezcan, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, configurándolas así como obligaciones de naturaleza societaria y carácter estatutario, exige que consten en los propios estatutos los rasgos básicos de las mismas, y, en primer lugar, que se exprese su 'contenido concreto y determinado'. De ello se deduce la necesidad de un especial rigor en la determinación de ese contenido. Y si bien no debe excluirse la posibilidad de establecer una prestación de contenido determinable, será necesario que se establezcan las bases o criterios que permitan hacerlo de suerte que otorguen la debida claridad y seguridad a las relaciones entre los interesados. Tal exigencia viene corroborada por el hecho de que las prestaciones accesorias, aunque tengan naturaleza societaria, son obligaciones fruto de una relación jurídica entre partes, la sociedad y los socios obligados, lo que impone acudir supletoriamente al régimen general del derecho de obligaciones en orden a su existencia y validez. Y al igual que ha de estarse al artículo 1088 del Código Civil la hora de determinar qué Puede ser objeto de la prestación, habrá que recurrir a sus artículos 1271 y siguientes a la hora de precisar sus requisitos, entre los que el artículo 1273 exige la determinación. Ciertamente que en esta misma norma se permite una indeterminación en la cuantía, pero siempre y cuando sea posible determinarla en su momento sin necesidad de nuevo convenio entre las partes. Con ello, resulta admisible no solo una absoluta y total concreción o determinación inicial, sino una determinación primaria o mediata, pero en este último caso se requiere que estén ya establecidos o señalados los criterios con arreglo a los cuales tal determinación deberá producirse, criterios que de igual suerte que excluyan la necesidad de nuevo convenio entre las partes, con mayor razón impidan que esa determinación quede al arbitrio de una de ellas [...]".

⁵⁵⁵GALEOTE MUÑOZ, M. P., "Equity crowdfunding: agentes y relaciones", *Rev. de Derecho Patrimonial*, Nº 41, septiembre-diciembre 2016, versión online, pp. 5 y 6.

⁵⁵⁶A mi juicio, el movimiento cooperativo no ha percibido apropiadamente esta necesidad, ni las oportunidades de la denominada economía colaborativa, ni la forma de canalización a través de este tipo societario de iniciativas de la economía colaborativa, al menos en el Río de la Plata y en particular entre los orientales –uruguayos–, cuya ley tiene un cuño más individualista, que permite la apropiada estructuración de estas iniciativas.

⁵⁵⁷MORENO SERRANO, E., "La incidencia del *crowdfunding* inmobiliario en el desarrollo de las formas alternativas de financiación colectiva", disponible en https://www.incari.org/upload/Anuario2017/Art05_A2017.pdf, p.121, indica que esos hechos "provocan que el ciudadano empiece a dejar de lado el individualismo y se reoriente a actuar en iniciativas comunes o colectivas, siendo así como el *crowdfunding* surge y se desarrolla tal y como actualmente lo conocemos. No obstante, el interés del ciudadano en participar en actividades de inversión empresarial lleva consigo un claro riesgo de pérdida de lo aportado –que es consustancial a toda actividad empresarial–, en algunos casos motivado por falta de información o conocimiento del concreto mercado en el que operan los sujetos en los que invierte, pero también puede producirse una pérdida de lo aportado

Carlos III, Teresa Rodríguez de las Heras Ballell, señala: “El *crowdfunding* nace como una respuesta a un contexto coyuntural de difícil y reducido acceso a la financiación pero se ha convertido en una estimulante pregunta sobre cómo podemos y cómo queremos repensar nuestro sistema económico, haciendo posibles fórmulas colectivas, participativas y colaborativas que animan a soñar con otra forma de entender nuestra sociedad”.⁵⁵⁸

La ley española impone que se informe respecto al ejercicio de los derechos en el marco de los órganos sociales. Ha sido práctica, en algunos casos, apelar a un inversor de referencia, categoría normada en la legislación española, y es de estilo establecer que los inversores voten según lo haga aquel o lo decidan aquellos por mayoría. Otro aspecto relevante considerando las distancias en que pueden residir los inversores, se refiere a la asistencia a las asambleas –juntas– por medios telemáticos, admisibles en los cuatro ordenamientos jurídicos referidos en esta obra.⁵⁵⁹ Junto al ejercicio de estos derechos en el marco de los órganos de forma sindicada, la ley

por campañas fraudulentas, de ahí que en los Estados de nuestro entorno económico, y también en el nuestro se haya procedido en los últimos años a regular el llamado *crowdfunding* de inversión”.

⁵⁵⁸RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T., “El *crowdfunding*: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos”, en *Revista Pensar en Derecho*, N°3, p. 123, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/3/el-crowdfunding-una-forma-de-financiacion-colectiva-colaborativa-y-participativa-de-proyectos.pdf>, consultada el 27 de junio de 2021.

⁵⁵⁹En el Derecho español, dicha posibilidad solo está prevista para las sociedades anónimas, aunque la dirección de registros, por Resolución del 19 de diciembre de 2012, admitió la asistencia telemática a las juntas de las sociedades de responsabilidad limitada. En Uruguay, la Ley N° 19.924, de 18/12/2020, habilitó también para este tipo social la celebración de la asamblea de accionistas –junta– por videoconferencia o por cualquier otro medio de comunicación simultánea que brinde certeza sobre la identidad de los participantes, así como respecto a la conexión bilateral o plurilateral en tiempo real, en imagen y sonido, de los asistentes en remoto. El art. 239 de la LS de ese país hace aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada lo previsto para las asambleas de las sociedades anónimas. En Brasil, la Ley 14030, de 28 de julio de 2020, modificó el art. 121 de la LS, disponiéndose que los accionistas podrán participar y votar a distancia reenviando a normas reglamentarias de la “Comissão de Valores” para las sociedades anónimas abiertas y del órgano de control del Poder Ejecutivo Federal, respectivamente. La misma ley agregó un inciso al art. 1080 del Código Civil, que regula las sociedades de responsabilidad limitada, indicándose lo mismo que respecto a las sociedades anónimas cerradas, y que la reunión podría realizarse de forma digital, respetándose los derechos de participación y de expresión de los socios y los demás requisitos reglamentarios. En la Argentina, el CCyCo en la asignación de significado de su art. 158, inciso a), habilitaba las reuniones a distancia de los órganos de gobierno a distancia si todos los participantes lo consentían, y en su inciso b) regula la posibilidad de la autoconvocatoria a los miembros que deban participar en una asamblea, o los integrantes del consejo, para deliberar sin necesidad de citación previa. Las decisiones que se tomen son válidas si concurren todos y el temario a tratar es aprobado por unanimidad, lo que se prevé asimismo en la Ley de apoyo de capital emprendedor, N°27349, por resolución del órgano estatal de control, Inspección General de Justicia, del 26 de marzo de 2020, donde se reguló esta forma de funcionamiento. Parece clara la incidencia de la pandemia imperante en la etiología de la normativa de los tres países sudamericanos.

española refiere a los pactos que incidan en algún modo en la transmisibilidad de las acciones o participaciones, o cláusulas que incidan en transmisiones *mortis causa* o transmisiones forzosas.

A nivel de derechos económicos puede regularse en el convenio de sindicación, la posibilidad de pactar el derecho de acompañamiento –tag along–, estableciéndose para los socios minoritarios como incentivo para invertir su posibilidad de “acompañar” al mayoritario en la venta, en las mismas condiciones que se hayan ofrecido a este; también en caso de interesados en adquirir algunas acciones, que la oferta deba direccionarse a los minoritarios, y solo luego que estos recuperaran lo invertido, al fundador. Respecto a la cláusula de arrastre –“drag along”–, en este caso el tercero interesado se dirigirá al promotor, que tal vez sea el socio con mayor capital en la sociedad, no necesariamente mayoritario, pero probablemente sí controlante; en caso de venta de su parte, este arrastrará a los demás si el tercero quiere adquirir el total del capital. Allí, para tornar atractiva la inversión deberá preverse la limitación temporal del derecho y que el precio mínimo para la venta, “es muy veleidosa probidad de los hombres[...]”,⁵⁶⁰ genere abusos de parte del promotor. También es susceptible de regulación la preferencia para quienes no realizaron su aportación solo como inversión, los cuales pueden estar interesados en adquirir con preferencia a terceros, la participación de otro socio interesado en vender. Esta cláusula va a obligar a los demás inversores a transmitir su porción de capital en las mismas condiciones que el que recibió la oferta, aun cuando quisieran permanecer en la sociedad e incluso adquirir un porcentaje mayor. En presencia de una oferta de compra para asegurar la venta, es posible establecer, de forma de excluir el incumplimiento, opciones de compra a favor del socio que recibe la oferta, así, aquellos que no cumplan con lo pautado, según la cláusula *drag alone*, venderán al acreedor a un precio inferior, que se fija como mecanismo de disuasión penalización por no haber vendido en su momento en ejecución de la cláusula de *drag along*.⁵⁶¹

Además del voto en las asambleas –juntas– o la transmisibilidad de las acciones o participaciones, que en España son las materias a las que expresamente se refiere la ley que regula estas iniciativas de financiación; con las particularidades de que esa modalidad impondrá para la regulación en el marco de la autonomía privada, al

⁵⁶⁰ Frase de José G. ARTIGAS, “Es muy veleidosa la probidad de los hombres, solo el freno de la Constitución puede afirmarla”, en la apertura del Congreso de Tres Cruces, 5 de abril de 1813.

⁵⁶¹ MORENO SERRANO, E., “La incidencia del *crowdfunding* inmobiliario...”, *op. cit.*, pp. 129-130.

menos, la del predisponente, habrá que regular otros aspectos relevantes. Entre otros, la aportación de fondos en el futuro; el gobierno de la sociedad; situaciones que requieren quórum y mayorías especiales; composición del órgano de administración, reservando espacio a los inversores; mecanismos para la solución de situaciones de bloqueo; dividendos mínimos, retribución de los directores o administradores; opciones de venta; derechos de arrastre y acompañamiento; detalle y asunción de obligaciones respecto al plan de negocios; deberes de información y consecuentemente de confidencialidad; pactos de exclusividad, permanencia y de no competencia para el promotor o fundador y aun para directores representantes de los inversores, entre otras.⁵⁶²

La ley española exige la comunicación del pacto a la sociedad, obsérvese que se trata de una comunicación que no alcanza publicidad, una regulación similar a la de los pactos parasociales en las SAS uruguayas, no son públicos. Solo se comunican a la sociedad y ella lo comunica a los restantes socios, dicho “en criollo”, “no figuran en la página web”. Cabe preguntarse si conforme a la información suficiente, clara y veraz que debe transmitirse en el marco de la obligación de actuar de buena fe, en sentido objetivo no deberían figurar, la respuesta es negativa; la información deberá proporcionarse al interesado en invertir iniciadas que fueren las tratativas, pero la forma de organización económica y política no reviste interés general, ante ellos se objetará que puede ser de interés de los proveedores, si eso se encuentra razonablemente justificado estos podrán tener acceso a lo normado. Respecto a los convenios de otro objeto, una rara avis considerando el negocio, no deben comunicarse a la sociedad.

Moreno Serrano, dentro de los posibles pactos que no refirieren a las clásicas materias, bloqueo y voto, y por tanto no deben comunicarse a la sociedad y por ella a los demás socios, conforme lo dispuesto en el art. 80 de la Ley de fomento de la financiación empresarial, menciona dos variantes, una que incluye un derecho a dividendos, considerando que su falta de distribución podría dar lugar al ejercicio del derecho de separación –receso en términos rioplatenses– por el que hubiera votado a favor de la distribución sin éxito. En el Derecho español se establece esa posibilidad, si

⁵⁶²SERRANO ACITORES, A., “Los pactos parasociales en el contexto del equity crowdfunding”, *op. cit.*, pp. 258-286.

al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, no se reparten (art. 348b de la LSC española). Otra disposición, que a juicio del autor no debe comunicarse, está relacionada con la salida del socio de la sociedad, consiguiendo así un rendimiento por la inversión, por medio del ejercicio de las cláusulas de acompañamiento o arrastre a las que la ley española de fomento de la financiación empresarial no hace referencia. Sin embargo, cualquier cláusula que regule la transmisión de las acciones, opciones, *tag along*, *drag along*, debe ser comunicada a la sociedad, pues el art. 80 mencionado establece que debe comunicarse los pactos parasociales “*que incidan de algún modo en la transmisibilidad de las acciones, participaciones sociales u otros valores representativos de capital*” y el derecho de arrastre, de acompañamiento, las opciones que puedan conferirse recíprocamente los sindicatos, inciden de algún modo en la transmisibilidad.⁵⁶³

5.2. Causa

A) El Derecho positivo en los sistemas jurídicos analizados

El concepto de causa es sin dudas uno de los más complejos del Derecho, a diferencia de lo que ocurre con las restantes regulaciones, las diferencias en los órdenes jurídicos que hemos tomado de referencia en el presente, son marcadas respecto a este concepto, por lo que el Derecho positivo tiene fuerte incidencia en la materia. Los pares de ordenamientos, argentino-español, por una parte, y brasileño-uruguayo por otra, respecto al negocio, que hemos segmentado de esta forma por la posibilidad de inscripción del pacto parasocial, e incidencia en las normas aplicables a la sociedad en estos últimos, no es consistente en lo relacionado con este elemento estructural del contrato. De acuerdo con lo que de seguido se analiza, esto implicará presentar los regímenes vigentes en la materia en cada ordenamiento.

Para las corrientes causalistas, que la voluntad privada tenga como consecuencia generar Derecho positivo, o en otros términos fuerza de ley, y autorice a constreñir a la otra parte a cumplir aun forzosamente, mediante una actividad del

⁵⁶³MORENO SERRANO, E., “El pacto de socios...”, *op. cit.*, pp. 357-358.

Estado, es necesario que ese acto jurídico tenga una causa que merezca ser amparada por el ordenamiento jurídico. Como indica Julio C. Rivera en la Argentina, en palabras de Santoro Passarelli, *que ese acto jurídico, negocio a realizar –persiga, busque, tenga como finalidad– un interés que el ordenamiento considere merecedor de tutela y protección*. El Derecho reconoce a la voluntad como fuente productora de consecuencias jurídicas, cuando se manifiesta lícitamente. Por ello, esa finalidad debe ser lícita; *la noción de causa final es un corolario de la autonomía privada*, indica dicho autor que su tratamiento debe ser abordado en la teoría general del acto jurídico y no limitarse a la doctrina de los contratos.⁵⁶⁴

El problema de la causa ha sido y es en la dogmática, fuente de innumerables y profundas divergencias, y hay quien la señala como elemento del negocio jurídico (subjetivo u objetivo), otros como razón justificativa o función, para otros como algo existente de forma exterior al acto.⁵⁶⁵

Según algunos autores como Van Wetter en el Derecho romano, la causa en el sentido de fin lícito no era un elemento de los contratos; esa palabra se empleaba como origen, fuente de las obligaciones. Para otros como Girard, Capitant y Petit sí era conocida la causa con el sentido de fin, y era elemento imprescindible para la validez de los contratos en el Derecho romano, así las “*condictio ob turpem vel injustam causam*” y “*la condictio indebiti, la sine causa, la causa data, causa non secuta*” permitían al juez, según estos autores, indagar el fin perseguido.⁵⁶⁶

Los cultores del Derecho canónico reaccionaron en la Edad Media a las formalidades exigidas por el Derecho romano, aceptando la posibilidad de que la voluntad de por sí generara efectos jurídicos, y planteaban el reproche moral que podía implicar apartarse de la palabra empeñada (*pacta sunt servanda*); privilegiaron el aspecto psicológico en la formación del contrato, y pretendían, conforme a ello, y como contracara a la eliminación de las formas, escudriñar el contenido y valorar la etiología de la acción del sujeto. Entendían que la voluntad solo podía obligar si estaba

⁵⁶⁴RIVERA, J., *Instituciones de Derecho Civil*, 7ª ed. (inédito), Cap. 36. Agradecemos especialmente al Prof. Julio César Rivera su generosidad intelectual al facilitarnos ese capítulo de su obra y sus aportes sobre el régimen de la causa en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

⁵⁶⁵RÁO, V., *Acto jurídico*, 3ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 1961. pp. 100-101.

⁵⁶⁶REZZÓNICO, L.M., *Estudio de las Obligaciones*, 7ª ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1956, p. 43.

fundamentada en una razón moralmente aceptable. Esa razón variaba si se trataba de contratos unilaterales o bilaterales, pero iban más allá, integrando aspectos vinculados a la motivación de la conducta. La cuestión se centraba en hasta dónde llegar en ese escrudiñar el por qué se expresó la voluntad en cierto sentido.⁵⁶⁷ Así se otorgaba a los jueces un gran poder para valorar por qué se actuaba, las razones o las sinrazones, para la acción. No debe extrañar, entonces, que Cervantes, en los albores del siglo XVII, hiciera decir a Don Quijote en sus consejos a Sancho para gobernar la Ínsula de Baratalia, que nunca se guiara por la “*ley del encaje*” o “*ley del embudo*”.⁵⁶⁸ Jean Domat, en el siglo XVII, y Robert Pothier, en el XVIII, sistematizaron la concepción desarrollada por los canonistas en materia de causa, pero la llevaron a la mínima expresión en cuanto a la indagatoria de cuál era el fin pretendido, y esto fue un insumo para el Code de 1804 y de allí para los códigos decimonónicos. Con base en los desarrollos de Domat y Pothier, los comentaristas del Code de 1804, como Demolombe, Aubry y Rau, Toullier y Duranton, entre otros, avanzaron en la construcción de la causa como categoría, la que fue ampliamente aplicada por los tribunales, pero con un criterio más psicológico que el de Domat y Pothier, ingresando en lo que justamente la revolución francesa pretendía excluir; el concepto de causa mereció las críticas de Ernst, ya en 1826, y luego de Laurent, Huc, y Planiol.⁵⁶⁹ Si bien hubo una reacción de la revolución francesa limitando la posibilidad del juez de ingresar en el terreno de la valoración moral para la celebración del acto, Sin embargo, la doctrina se dividió acerca de la posición que adoptó este código a propósito de la separación entre la causa y los motivos, es que en el Code no se incluía una definición de causa, como ocurre por ejemplo en el Código Civil uruguayo de 1869. Clásicamente, la causa se ubica en el momento de la celebración del contrato (etapa genética), sin considerar siquiera su subsistencia o importancia en la etapa funcional del negocio jurídico. Sin embargo, esto debe relativizarse aun en la postura de los códigos decimonónicos, pues en la etapa funcional, la causa permitirá movilizar como respuesta la resolución del contrato o la excepción de contrato no cumplido, dependiendo de cómo se tipifique el negocio en función de su causa. Sobre en qué casos y a qué efectos, debemos basarnos en el concepto de causa como categoría, en la etapa de ejecución de las obligaciones, reside

⁵⁶⁷BERNAL FANDIÑO, M., *La transformación de la causa en el Derecho de los Contratos Francés*, Ed. Vniversitas, Bogotá, 2006., enero-junio de 2006.

⁵⁶⁸“Ley del encaje”: Dictamen o juicio que discrecionalmente forma el juez, sin atender a lo que las leyes disponen. “Ley del embudo”: Forma de proceder con arbitrariedad e injusticia, siendo muy estricto con unas personas y muy permisivo con otras.

⁵⁶⁹REZZÓNICO, L.M., *Estudio de las Obligaciones*, op. cit., p. 44.

uno de los puntos centrales que ha llevado a divergencias en la doctrina.⁵⁷⁰ A fines del siglo XIX, Marcel Planiol criticó que se plasmara como elemento estructural del contrato a la causa, señalando que al considerarse el consentimiento y el objeto se agotaban todos los aspectos relevantes y recordando la ausencia de este elemento en épocas de los romanos, cosa que como señaláramos, también resultaba discutible para cierta doctrina. Para el anticausalismo, el concepto de causa es inútil, porque no hay necesidad de recurrir a la teoría de la causa para proscribir las obligaciones que se pretenden generar de forma contraria a Derecho; basta considerar si ellas van contra la prohibición de la ley o si son opuestas a las buenas costumbres o al orden público (licitud). Todo acto jurídico tiene un fin, afirman sus sostenedores, pero lo relevante es el objeto del acto para calificar así con esa base su ilicitud o licitud.⁵⁷¹

En los albores del siglo XX, la causa fue uno de los temas más controvertidos del Derecho civil continental. Es en 1922 cuando se edita la obra del Profesor de París, Henri Capitant, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, legs)*, este y otros autores, como Louis Josserand, volvieron sobre la noción de causa del contrato, distinguiéndola de la causa de las obligaciones, aunque con perfiles distintos. Mientras Capitant se acercó a la causa en la forma abstracta que la concebían Domat y Pothier, Josserand habilitó la indagatoria de la concreta finalidad que tenían las partes en ese negocio concreto, indicando que la doctrina clásica de la causa es estrecha e incompleta porque desestima un conjunto de motivos, los más variados e interesantes, los móviles concretos e individuales, que varían al infinito y en los negocios onerosos, esos móviles *ex pacto*, cuando tienen un valor contractual, deciden la validez o nulidad del negocio.⁵⁷²

Capitant ubicaba a la causa en el ámbito de la voluntad; junto con el consentimiento, para este autoconstituyen los dos elementos subjetivos del contrato; pero la causa no es lo mismo que el consentimiento; este tiene importancia solo en la etapa de formación del contrato, *mientras que la causa subsiste durante toda la etapa funcional del contrato*. La concepción de la causa como elemento que subsiste durante

⁵⁷⁰ En Francia, este proceso se vivió intensamente con el fallo del 22 de octubre de 1996 de la Sala comercial de la Corte de Casación francesa dictó sentencia en el caso *Chronopost* (*infra*, nal. 4).

⁵⁷¹ REZZÓNICO, L.M., *Estudio de las Obligaciones*, *op. cit.*, n. 5, p. 49.

⁵⁷² *Ibíd.*, n. 5, p. 48.

todo el lapso de cumplimiento, permite fundar la excepción de contrato no cumplido o la resolución por incumplimiento en los contratos bilaterales.

En ciertos sistemas jurídicos sirvió de basea posibilitar la revisión del contrato por excesiva onerosidad superviniente, también lo ha sido para sostener el cese de la eficacia por la frustración del fin del negocio.

En la construcción de *Capitant*, la causa en los contratos bilaterales es *la voluntad de obtener el cumplimiento de la prestación debida por la otra parte*, y se presenta de la misma manera en cada tipo de negocio, los motivos no forman parte de la causa. Al decir de Rezzonico, *Capitant* indicaba que debe distinguirse la causa del motivo, y que el derecho no debe ocuparse de estos últimos. Para él son motivos, solo las razones mantenidas *in mente* por cualquiera de los contratantes; en cambio, entran en el concepto de causa aquellas razones que, aun siendo personales y contingentes, han sido tenidas en cuenta por los contratantes, quedando así incorporadas al acto.

En los contratos onerosos, cada una de las prestaciones encuentra su fundamento en la que corresponde a la otra parte. De modo que la prestación del vendedor –entrega de la propiedad o posesión respondiendo en caso de evicción de la cosa– encuentra su causa o fundamento en la prestación del comprador –pago del precio–. En los onerosos aleatorios, la causa es la contingencia incierta de ganancia o pérdida para ambas partes.⁵⁷³ En los contratos unilaterales, para la doctrina clásica de la causa, la obligación del donante encuentra fundamento en la liberalidad del bienhechor, aunque pueden incidir otros motivos, que son elevados al rango de causa dependiendo de la legislación en algunos casos, v. g., la gratitud por un servicio, la celebración de un matrimonio. En los contratos gratuitos, el *animus donandi* se identificaría con el consentimiento, la causa funcionaría solo en la etapa genética del contrato y no en la etapa funcional. De esta forma, para algunos la causa se vuelve un concepto inútil en todos los contratos típicos, pues si el contrato es típico, la causa no puede ser ilícita. Promediando el siglo XX, Betti, en Italia, expresaba que en los negocios jurídicos, desde la perspectiva de su contenido, es posible distinguir una regulación de intereses, materializada en una razón típica de orden práctica. Se trata de lo que la doctrina denomina como “causa”, un interés objetivo y socialmente verificable al que el negocio debe corresponder.⁵⁷⁴ Así, aparece la doctrina objetiva de la causa. La causa es siempre

⁵⁷³Íd., p. 45.

⁵⁷⁴BETTI, E., *Teoria Geral do negócio jurídico*, Ed. Servanda, Campinas, SP, 2008.

idéntica para cada tipo de negocio, lo que en definitiva se halla también en la idea clásica de Domat y Pothier, en particular coincide con *Capitant*. Esto, aunque la jurisprudencia francesa, en parte del siglo XIX, se dedicó a analizar motivos e intenciones concretas, como señala Rezzónico. Esta idea tuvo un gran predicamento, y es adoptada por el Código italiano de 1942 (arts. 1325, 1343 a 1345). De esta forma, la causa es finalidad, en cuanto el sujeto se propone la obtención de un determinado efecto, que depende de su voluntad, es objetiva e inmutable, la causa actúa como elemento diferenciador de los tipos singulares de negocio, puesto que cada uno de ellos tiene una causa que es inconfundible con los demás.

Hay aún otro posible significado que la dogmática da al término “causa”, como función económica específica, típica, caracterizadora, en esa variedad, las funciones económicas específicas pueden consistir en: promover la circulación de riquezas; colaboración, prevención del riesgo, conservación; prevención de controversias; concesión de crédito; constitución de derechos reales de goce o garantía en los regímenes que siguen el sistema de título y modo. Así, la función de cambio implica la modificación de la titularidad de una cosa o de un derecho, promoviendo la circulación de bienes, incluso en los contratos gratuitos; la de crédito en el caso de los contratos que implican la circulación de dinero confirmando crédito como en el mutuo o los contratos bancarios en general; la de garantía cuando se pretende agregar una situación jurídica para dar seguridad respecto a la satisfacción del interés del acreedor, como en la fianza, prenda o hipoteca; la de custodia cuando se entrega una cosa para su conservación y cuidado, como en el depósito; la de actividad como en el contrato de arrendamiento de servicios, o el mandato; la finalidad de previsión en el caso de contratos destinados a cubrir ciertas contingencias como en el seguro; la de recreación en los contratos de turismo, o de juegos que no sean de azar; la de cooperación, que si bien puede identificarse como un deber decurrente de la buena fe objetiva, en todos los contratos pasa a ser el fin que caracteriza el tipo cuando hay un estrechamiento de lazos entre los contratantes, como en una sociedad o en un consorcio o grupo de interés

económico; la de solución de las controversias con vistas al fin de litigios o a su prevención, como la transacción.⁵⁷⁵

Ante la aparición de redes contractuales o sistemas contractuales, nuevamente el tema de la causa se ha planteado. Interesa en particular la postura de los que creen que puede verse una causa del sistema por sobre la de cada contrato.⁵⁷⁶ Así, en Italia, Antonio Scotti Galleta identificaba un negocio que denominaba de coligamento, por el que las partes decidían conformar el vínculo o el sistema, como negocio separado de los contratos coligados.⁵⁷⁷ Más recientemente, Antonio Rapazzo afirma: “*nel collegamento negoziale coesistono due cause: quella del singolo frammento contrattuale e quella dell’intera operazione economica (c.d. doppia causa)*”.^{578 579}

Además de las formulaciones subjetivas u objetivas puras, gran número de autores, toman elementos del concepto objetivo de causa, y también se da la inversa, y admiten que ambas nociones pueden ser armonizadas, surge así la doctrina ecléctica.

Queda en evidencia que la noción de causa está cargada de polisemia, no existe un concepto que pueda predicarse de aceptado por la mayoría de la dogmática del *civil law*; incluso, la causa como elemento estructural del contrato no es recibida en muchas legislaciones.

El Código Civil y Comercial de la Nación argentina del año 2015, en sus arts. 281 a 283 regula a la causa como elemento del acto jurídico y en los arts. 1012 a 1014 como elemento del contrato, con una remisión en cuanto a que al contrato, en

⁵⁷⁵ LORENZETTI, R., *Tratado de los contratos*, t. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999. pp. 26-27; SANTOS, A.J., *Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos*, Ed. Método, São Paulo, 2002, pp. 114-116; ALTERINI, A. A., *Contratos: teoria general*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 184.

⁵⁷⁶ LORENZETTI, R., “Redes Contractuales: Conceptualización jurídica, relaciones internas: decolaboración, efectos frente a terceros”, en *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 16, 1999, p. 171.

⁵⁷⁷ SCOTTI GALLETA, A., “Negozi collegati e negozio di collegamento”, en *Diritto e Giurisprudenza*, nov-dic. 1968, N° 6; *apud*. CARNELLI, S., “Contratos Coligados”, en *ADCU*, t. XVIII, 1998, p. 495, nota 9.

⁵⁷⁸ RAPPAZZO, A., *I contratti collegati*, Giuffrè Editore, Milán, 1998.

⁵⁷⁹ El ex catedrático uruguayo Arturo Caumont ha señalado que “La Causa en el Pacto (oneroso) por el cual se establece una cadena negocial es la ventaja que cada parte le procura a la otra u otras por la instauración del sistema; la finalidad supranegocial es el objetivo o propósito teleológico de abarcar, con elementos contractuales interconectados, una operación económica insusceptible de cubrirse a cabalidad con un solo negocio o, aún, con varios pero no organizados en términos de sistema. Pero la delimitación conceptual entre Causa del Pacto por el cual el sistema se instaura y finalidad (supracontractual) del propio sistema no significa que sus ámbitos de incumbencia sean compartimentos estancos desde que la Causa abarca necesariamente constituyentes jurídicos y económicos que están objetivamente presentes en toda finalidad sistémica desde que el propósito finalístico de la conexidad reconoce siempre una operación económica que solo puede llevarse a cabo como emprendimiento a través del entrelazado contractual organizado, precisamente, en sistema”. CAUMONT, A., *Doctrina General del Contrato, Propositiones Teóricas de Innovación*, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo, 2014.

tanto especie del género acto jurídico, aplican las disposiciones sobre causa contenidas en esa sede.

El art. 281 del nuevo Código argentino define causa como *fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad*. Parece referir a la causa en sentido objetivo, a la causa que configura el tipo contractual. Y luego agrega “*También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes*”.

En la doctrina argentina anterior al CCyCo, entre quienes defendían la inclusión de la causa como elemento estructural, la postura que o había tenido más predicamento fue la ecléctica.

Esta posición consideraba el fin abstracto que persigue el negocio, también al propósito concreto que llevó a las partes a alcanzarlo, cuando dicho propósito fue incorporado como razón determinante de la declaración de voluntad. Videla Escalada, uno de sus expositores en la doctrina argentina, entendía que el concepto más exacto de la causa como elemento esencial de los actos es la finalidad o razón de ser del negocio jurídico, entendida como la causa uniforme y repetida cada vez que un negocio encaja en un tipo negocial, pero informado en los motivos relevantes –admisibles para el derecho–que, en el caso concreto, hayan impulsado a las partes a concluir el acto, adicionando así a la *causa tipificante y repetida* en todos los negocios del mismo tipo, *la finalidad que tomaron en cuenta concretamente* los sujetos del acto, esto es, los motivos particulares involucrados en un negocio concreto.

Para Ma. Isabel Benavente “Es precisamente esta noción la que toma el CCyC al considerar que causa es tanto el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad, como también los motivos exteriorizados cuando –obviamente– sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o bien tácitamente, si son esenciales para ambas partes”.⁵⁸⁰

⁵⁸⁰CARMELO, G. – PICASSO, S. –HERRERA, M., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, comentario al art. 281 por Benavente, M.I.

Tratándose de contratos tipificados, cuya configuración surge de la ley, la causa como finalidad económico-social del negocio no puede faltar.⁵⁸¹

En el Derecho argentino del CCyCo, los motivos constituyen causa (subjetiva) cuando son lícitos y han sido incorporados al acto de forma expresa; pero si han sido incorporados solo de manera tácita, los motivos se convierten en causa si son esenciales para ambas partes.

Obsérvese que hay una duplicidad de régimen, si los motivos son esenciales, pueden ser incorporados expresa o tácitamente, en cambio, si no lo son, no se admite la incorporación tácita de los motivos.

De allí cabe inferir que la causa en el CCyCo argentino de 2015 refiere a la causa en sentido de fin inmediato, típico y tipificante del negocio, que no admite la calificación de ilicitud si el contrato es nominado, también a los motivos exteriorizados e incorporados expresamente y finalmente, motivos esenciales para ambas partes, supuesto en el cual, aunque no sean expresamente incorporados, pueden ser tácitamente deducidos. Los motivos calificados que fueren esenciales para ambas partes, aunque no se hayan exteriorizado pasan a integrar la causa. La calificación respecto a cuándo un motivo es esencial depende de la constatación de trascendencia para las partes, hay necesariamente que realizar una inferencia, lo denotado es la causa como finalidad del negocio jurídico y lo connotado son los motivos esenciales.

La connotación es el conjunto de valores subjetivos unidos a una determinada situación, entonces se añaden a esta causa objetiva los motivos, que deben ser evaluados pero no en cuanto a su trascendencia para el juez, sino para las partes. Esa inferencia debe ser, a nuestro juicio, inequívoca. En ese caso entonces, el motivo se “causaliza”.

La causa en el CC y C de la Argentina tiene una doble finalidad. Primero, funcionar como límite de licitud (orden público y las buenas costumbres), lo que permite la declaración de nulidad por causa ilícita de los negocios que tuvieran esos fines. En segundo lugar, asegurar que en ejercicio de la autonomía privada se dé preeminencia a los fines perseguidos, más allá de aquellos fines objetivos y reiterados

⁵⁸¹ Aunque se ponen en doctrina ejemplos en los que faltaría, así quien pretende constituirse en fiador de una obligación que no existe, o comprar la cosa propia. En estos casos, para la doctrina uruguaya, en cambio, el elemento que defecciona es el objeto y por tanto, no es posible siquiera arribar al análisis del elemento causa, por tratarse de un supuesto de objeto imposible. La denominada causa errónea de aquel que pretende adquirir la cosa propia es a su vez una patología en el objeto de la relación obligatoria, por la imposibilidad del vendedor de proporcionar la utilidad de entregar la cosa al comprador por cuanto ya está gozando de esta.

en cada negocio. Para estos debe incorporarse a través del consentimiento de ambas partes al mismo, ya no por noticia de una parte a la otra, sino por acuerdo de voluntades entre ellas. Este acuerdo, si los motivos son esenciales, podrá ser expreso o tácito, si es tácito lo que connota el negocio a nivel de fines consentidos por ambos, deberá inferirse inequívocamente de lo pactado, por deducción, cuya conclusión no admita hesitación posible. En esta orientación, el CCyCo al tratar de la causa motivo en los actos jurídicos, la considera un elemento del negocio cuando expresamente ha sido incorporada al contrato; pero también el motivo o finalidad particular puede formar parte tácitamente del campo contractual cuando es esencial a ambas partes. Los motivos causalizados deben revestir la nota de licitud (art. 1014). Esta noción de los motivos causalizados tiene clásicamente vinculación con la idea de frustración del fin del contrato, situación conocida también como presuposición, pero esta situación no se vincula con la etapa genética, sino con la funcional o ejecutiva del contrato. En sede de contratos, el art. 1013, apegándose a la necesidad de la causa como elemento estructural de los contratos edicta: *“La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato”*.

Se aprecia una diferencia sustancial en la regulación, que considera la causa ya no solo como elemento esencial estructural del contrato, sino en la etapa ejecutiva; de allí que el Código si bien refiere a la causa como un único concepto, distingue las soluciones según la defección que se produzca en la etapa genética del contrato, o en la ejecutiva previendo como remedios en este último caso la adecuación o extinción del contrato. La causa existe en la etapa genética y debe subsistir en la etapa funcional o de ejecución. Así, la frustración de la finalidad autoriza a la parte perjudicada a declarar el cese de la eficacia contractual si tal frustración es el efecto de una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la afectada, conforme lo edictado en el art. 1090. La excesiva onerosidad superveniente, *“pacta sunt servanda, rebus sic stantibus”* aparece regulada en el art. 1091.⁵⁸²

⁵⁸² El régimen del Código uruguayo del siglo XIX es radicalmente diverso en este asunto en ausencia de enunciados similares a los del CCyC de la Argentina, según veremos *infra*, nal 5.

Los motivos adquieren relevancia en la etapa de formación del contrato cuando son ilícitos (contrarios al orden público o a las buenas costumbres), si y solo si, fueron elevados al rango de causa expresamente por los contrayentes, de forma explícita o de forma tácita, en este último caso solo si se trata de motivos esenciales.

En la etapa funcional del contrato la imposibilidad de conseguir el móvil causalizado puede constituir un supuesto de frustración del fin que dé lugar a la resolución del contrato. El art. 1014 del CCyCo dice que *“El contrato es nulo cuando: a) su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres; b) ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común. Si solo una de ellas ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido”*. Surge del enunciado que el móvil ilícito que se encuentra en la causa de la celebración del negocio para una de las partes haya sido consentido expresa o tácitamente por la otra, de modo que haya entrado en el ámbito del acuerdo de voluntades, sé que le vendo el arma a Pedro para que perpetre un asalto, aquel contratante que estaba de buena fe, quien ignoraba el fin espurio, no debe así soportar la nulidad por una causa ilícita

La frustración de la finalidad, típica del negocio de que se trata, o el motivo causalizado, propio del negocio concreto, han sido resueltos por el art. 1090 del CCyCo, conforme al cual: *“La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución solo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”*.

En Uruguay se mantiene enhiesto –en lo que aquí es relevante– el Código Civil decimonónico de Patricio Tristán Narvaja, que toma como fuente al Código de Napoleón, pero en una época en que profusa jurisprudencia francesa indagaba motivos, incorpora una definición apegada a la concepción subjetiva clásica, en su art. 1287.

El art. 1287 del Código Civil uruguayo adopta una conceptualización de la causa, con una definición estipulativa.⁵⁸³ Establece: *“En todo contrato oneroso, es causa*

⁵⁸³ITURRALDE SESMA, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, analiza el problema del carácter vinculante o no de las mismas para el intérprete. Así, tras exponer algunos de los

para obligarse cada parte contratante, la ventaja o provecho que le procura la otra parte. Si el contrato es gratuito, la causa se encuentra en la mera liberalidad del bienhechor”.

Mariño López, en su comentario a ese artículo, destaca que en los contratos onerosos se generan obligaciones recíprocas para las partes y la finalidad de cada una de estas es el beneficio económico que obtienen de la ejecución de la obligación (prestación a cargo de la otra). En los contratos gratuitos, si se generan obligaciones solo para una parte, la finalidad de esta es el ánimo de hacer una liberalidad a favor de la otra parte, es decir, beneficiar al otro contratante. En el contrato gratuito, si se producen obligaciones para ambas partes, la finalidad de quien se obliga en forma principal es beneficiar a la otra parte, sin obtener una contraprestación equivalente (v. g., donación modal). El art. 1288 del Código Civil uruguayo reafirma la perspectiva subjetiva de la causa establecida por el art. 1287, *“la causa (finalidad) del contrato se configura por la causa finalidad de las partes para obligarse por medio de él.”*⁵⁸⁴

Esta inserción de una definición estipulativa excluye las posibles asignaciones de significado que impliquen, por ejemplo, adherir a una postura que considere los motivos, o la finalidad económica concretamente evaluada, o que ingrese a analizar la finalidad social del contrato.

En el Derecho brasileño, el Código Civil del año 2002, en su art. 104, a diferencia de lo que se observa en el Derecho argentino actual y para los contratos en el Derecho uruguayo, no enumera a la causa como elemento del acto jurídico y no hace siquiera referencia a otros elementos que no estén mencionados como integrantes de este. De la citada “omisión” emerge en la dogmática de Brasil el cuestionamiento

argumentos en favor y en contra que se han formulado en la tradición jurídica, concluye afirmando que “el intérprete está sujeto a ellas en la misma medida en que lo está respecto de cualquier otro enunciado normativo y que, en el momento interpretativo-aplicativo de la ley, no puede hacer abstracción de lo que en ellas se disponga”(p. 60). En este punto, tan solo quiero llamar la atención sobre el hecho de que esa conclusión no incide para nada en la discusión que ocupa a Alchourrón y Bulygin, puesto que no hay inconveniente en afirmar simultáneamente que la función de las definiciones legales no es la de prescribir conductas, sino la de contribuir a la identificación de normas, por un lado y, por otro, que hay operadores jurídicos que tienen la obligación de aplicar (y, por tanto, de identificar) el Derecho. En otras palabras, como decían Alchourrón y Bulygin, una cosa es sostener que las definiciones legales no son normas y otra muy distinta es que su presencia en el interior de un sistema jurídico carezca de consecuencias normativas. ApudAGILO REGLA, J., “Sobre definiciones y normas”, disponible en <https://doxa.ua.es/article/view/1990-n8-sobre-definiciones-y-normas>, p. 277.

⁵⁸⁴MARIÑO LÓPEZ, A., *Código Civil de la República Oriental del Uruguay- Comentado, Anotado y Concordado*, 2ªed., Ed. LaLeyUruguay, Montevideo, 2017.

respecto a si el concepto de causa estaría excluido del sistema brasileño y como corolario, cuál es la ruta a seguir de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional, con el objetivo de la posible anulabilidad o sanción respecto a la razón de ser del contrato socialmente tutelada. Dicho código introdujo significativas variantes en el Derecho privado del Brasil, entre las cuales, la de mayor impacto en el Derecho de los contratos, hasta por la polémica que ha generado, es la del art. 421, que dispone: “*La libertad de contratar será ejercida en razón y dentro de los límites de la función social del contrato*” (destacado y traducciones nuestras). Se aprecia sin dificultad que esto no refiere a la modificación del sistema y la creación de subsistemas, ni a la reducción del ámbito material, donde la autonomía privada opera tal como fuera concebida por los clásicos y los muchos segmentos donde se ha dictado otra regulación, o se han creado subsistemas, en el *civil law*, por ejemplo en materia de consumo, de defensa de la competencia, de contratos entre empresas fuertes y débiles, etcétera.

La función social del contrato incumbe a todos los contratos, aun los otorgados en el núcleo duro de la autonomía privada, alcanza al sistema y a todos los subsistemas.

El Código brasileño no contiene una definición estipulativa de ‘*função social do contrato*’, por lo que corresponde a la doctrina asignar significado a esos enunciados normativos, precisar el significado y crear así la norma jurídica. Se trata de una tarea ardua, conforme con el alto contenido axiológico inherente al tema.

Según Norberto Bobbio,⁵⁸⁵ en analogía entre la sociedad y el organismo humano, función es la prestación continuada que un determinado órgano da para la conservación y el desarrollo, siguiendo un ritmo de nacimiento, crecimiento y muerte, de todo el organismo, es decir, del organismo considerado como un todo, de donde se infiere la idea principal de que el poder individual debe ser ejercido en provecho de un sistema mayor.

De Plácido e Silva define función (del latín, *fungi*), en términos generales, como el derecho o deber de actuar, atribuido por ley a una persona, para asegurar la realización de una misión.⁵⁸⁶ La palabra “social”, como indica Paulo Bonavides, es de gran imprecisión semántica, estando, por eso, sujeta a variaciones de significado, incluso en el marco de determinados preceptos ideológicos, lo que dificulta la tarea

⁵⁸⁵ Apud SANTOS (n.13), p. 103.

⁵⁸⁶ DE PLÁCIDO E SILVA, A., *Vocabulário jurídico*, vol. II, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1963, pp. 722-723.

de asignar significado.⁵⁸⁷ Jefferson Carús Guedes, en obra que trata de la evolución desde la funcionalidad primitiva hasta el actual concepto de función social, afirma que la expresión “función social” significa, abreviadamente, utilidad a la sociedad, atención al interés colectivo.⁵⁸⁸ Para J. W. Hedemman, la palabra social significa “el punto de partida ideológico de la contraposición entre pobres y ricos o, como frecuentemente se dice en la literatura científica, entre los que tienen bienes y los desheredados”.⁵⁸⁹

Sin embargo, en 2019, por Ley 13874 se procura limitar la intervención judicial con base en la función social del contrato, agregándose al paradigmático art. 421 el inciso siguiente: “*Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual*”.

Se aprecia sin dificultad la diferencia entre el sistema oriental (uruguayo) y el español respecto al argentino contemporáneo, a partir de la definición de la causa que ambos sistemas contienen. También con aquellos sistemas, como el italiano, que no incorporan una definición de qué debe entenderse por causa y ambientan las elaboraciones de la dogmática que hemos referido. Asimismo con el sistema francés antes de la reforma de 2016, porque tampoco incluía una definición estipulativa de causa, y también luego de la reforma de ese año, que eliminó a la causa como elemento estructural del negocio, y abrió el debate en torno a si debe considerarse el fin del contrato o si persiste la función que históricamente se le brindaba a la causa. Se aprecian las características particulares del sistema brasileño, que sin contar con la causa enunciada como elemento estructural del contrato, tiene una norma que establece que la autonomía privada debe ejercerse en razón y dentro de los límites de la función social del contrato, lo que ambienta un análisis de la finalidad del negocio y cómo debe incidir esta en la valoración judicial en ese país.

En España está prevista para la existencia del contrato, una “*causa de la obligación que se establezca*” (art. 1261, nal. 3 del Código Civil). El Código español no

⁵⁸⁷BONAVIDES, P., *Do Estado liberal ao Estado social*, 3ª ed., Ed. FGV, Rio de Janeiro, 1972, pp. 203-204.

⁵⁸⁸CARÚS GUEDES, J., “Função social das ‘propriedades’: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social”, en Alvim (coord.), *Aspectos controvertidos do novo Código Civil - Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2003, p. 351.

⁵⁸⁹HEDEMMAN, J. W., “Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones”, trad. José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez, en *Revista de Derecho Privado*, vol. III, Madrid, 1958, p. 26.

ofrece una definición de causa. En su art. 1274 dispone que en “*los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor*”. El art. 1275 declara que los contratos sin causa no producen efecto alguno. En la dogmática española, la ausencia de causa se ha identificado con la simulación absoluta del art. 1277 del Código español. De dicho artículo se infiere una presunción *iuris tantum* de existencia de causa, aunque las partes no la hayan expresado. La expresión de una causa falsa, supuesto contemplado en el art. 1276, se ha identificado con la simulación relativa que se produce cuando bajo la falsa apariencia de un contrato, existe otro realmente querido.

En la década pasada, Saborido Sánchez opinaba en España que la verdadera función de la causa es “la fiscalización del contenido de los negocios jurídicos que escapan al control del ordenamiento por carecer de otro medio adecuado para ello. Esta es y no otra la finalidad explícita de la causa, o de los motivos, o propósitos jurídicamente relevantes, o los intereses del contrato, como quiera denominársele”.⁵⁹⁰ En ese país, Díez-Picazo indica que la causa denominada “función económico-social del negocio” no debe ser confundida, en ningún caso, con la causa del mismo y, en su opinión, “un negocio jurídico es protegido porque es un cauce idóneo para alcanzar una serie de finalidades prácticas, empíricas, que son serias y merecen la tutela del ordenamiento jurídico. Pero esto no es ‘causa del negocio’, sino ‘función del negocio’”.⁵⁹¹ Manuel Albaladejo entiende que el Derecho español recibe el concepto objetivo de causa, por lo que esta consiste en el “El fin inmediato y objetivo a que la atribución se dirige; porque la atribución es un mero medio de alcanzar aquel fin; es decir, no tiene su justificación en ella misma. No se realiza solo por enriquecer, sino que se enriquece por algo. Como resultado inmediato, la atribución produce un enriquecimiento al que la recibe, y la razón o fin de este enriquecimiento, es la causa de aquélla”.⁵⁹² Es interesante destacar en ese país, lo sostenido por De los Mozos, quien valorando de innecesaria a la causa como elemento estructural del contrato, indica que lo que se pretende controlar con la causa, por aquellos que buscan indagar lo pretendido

⁵⁹⁰SABORIDO SÁNCHEZ, P., “La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato. La situación de la causa a través de la perspectiva europea y desde los proyectos de reforma francés y español”, en *Indret*1/2013, disponible en <http://www.indret.com/pdf/953.pdf>, p.23.

⁵⁹¹DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, t. I, Ed. Civitas, Pamplona, 2007, p. 273.

⁵⁹²ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, p. 202.

específicamente por las partes, debería controlarse a partir de la buena fe como cláusula general.⁵⁹³

Con estas salvedades, el operador podrá determinar cómo incide de modo diverso el Derecho positivo respecto a lo que señala la dogmática de estos países en torno a la causa en cada caso.

En lo atinente a los pactos parasociales, en Brasil entonces se analizará la función social del contrato, aunque sobre la base de la modificación del año 2019, probablemente se invoquen límites a la intervención estatal respecto a la autonomía, privada. En Uruguay el concepto de causa se revela inocuo, reconduciéndose –salvo exóticos ejemplos de cátedra– lo relacionado con este elemento estructural al ámbito del objeto entendido como norma jurídica individuada. En Argentina si los motivos son esenciales, pueden ser incorporados expresa o tácitamente; en cambio, si no lo son, no se admite la incorporación tácita de los motivos. La causa alude al sentido de fin inmediato, típico y tipificante del negocio, que no admite la calificación de ilicitud si el contrato es nominado, también a los motivos exteriorizados e incorporados expresamente y finalmente motivos esenciales para ambas partes, supuesto en el cual, aunque no sean expresamente incorporados, pueden ser tácitamente deducidos. También en este país, la frustración de la finalidad típica del negocio de que se trata o el motivo causalizado propio del negocio concreto ha sido resuelta por el art. 1090 del CCyC, conforme al cual: *“La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución solo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”*. Esto no ocurre ni en Uruguay ni en España; en tanto que en Brasil los jueces sí tienen la posibilidad de revisar el contrato, se trata de un sistema donde la función social del

⁵⁹³DE LOS MOZOS, J. L., “La regulación del contrato y el problema de la causa”, en *Revista Jurídica del Notariado*, N° 41, 2002, pp. 204-222.

contrato, la buena fe objetiva y hasta la solidaridad social son frecuentemente convocadas en los estrados.

B) Algunas aristas de la causa en los convenios de sindicación

a) Pactos parasociales unilaterales y convenio de sindicación.

En cuanto a la causa en sentido tradicional, en la doctrina española Pérez Moriones, entre otros, refiriéndose a los convenios para el voto, ha calificado como unilateral un convenio cuando de entre las partes, solo una adquiere alguna obligación respecto al ejercicio del voto con un tercero. El pactante no socio no participa en la votación, no realiza la actividad tendiente al fin común, no se produce entonces la convergencia de obligaciones característica del tipo, aun cuando se propugne un concepto amplio de los fenómenos asociativos. Así planteado el asunto, siguiendo a la doctrina alemana, en parte de la doctrina española se estima que esta clase de negocios se asimilan a los contratos de gestión, cuya figura más representativa es el contrato de mandato. Menéndez ha calificado a este tipo de convenios como contrato de gestión de intereses ajenos.⁵⁹⁴

En torno al tipo de pacto parasocial, convenio de sindicación, la ausencia de promoción del fin común por todos los sindicados, no es óbice para calificarla como contratos asociativos en sentido amplio, puesto que existen obligaciones convergentes que tienden a la obtención de un fin común. Si así fuere, no resultarían de aplicación en subsidio las disposiciones que regulan los contratos de gestión, como en el ejemplo que aportaba la dogmática española clásica.

Asimismo, si se considera que existen obligaciones en el sindicado que no reviste la calidad de socio, que tienen que ver con la organización y el funcionamiento del sindicato, se estaría en presencia de una actividad en común de todos los sindicados, por lo que también en este caso el negocio encartará en la categoría contrato plurilateral asociativo.⁵⁹⁵

b) Convenios de sindicación y pactos bilaterales.

Respecto a negocios sobre el voto, siguiendo a parte de la doctrina alemana y suiza, Menéndez sostenía la posibilidad de configurar como auténticos contratos de cambio, algunos tipos de convenios de sindicación para el voto, por ejemplo, donde un socio acompaña a otro y el otro ubica al hijo del primero en un puesto en la compañía,

⁵⁹⁴MAMBRILLA RIVERA, V., *Caracterización jurídica...*, op. cit., p. 327.

⁵⁹⁵MARIÑO LÓPEZ, A., *Estudios de Doctorado*, op. cit., p. 129.

postulando el carácter sinalagmático de los mismos. La distinción se basa en que no existe en ellos una finalidad común, propia de los fenómenos asociativos.⁵⁹⁶ En sistemas como el español y el uruguayo, partiendo del razonamiento se asienta en un enfoque inadecuado de los conceptos de causa y motivos o móviles, entendiendo por estos últimos las motivaciones personales que impulsan a las partes a celebrar el contrato. En el sistema argentino, la conclusión varía, pues puede considerarse esos motivos esenciales, siempre que se hayan incorporado siendo convenidos –no alcanza con la noticia de una parte a la otra–, aunque ese acuerdo, si los motivos son esenciales, podrá ser tácito y en ese caso deberá inferirse inequívocamente de lo pactado, por deducción.

En el sistema español y en el uruguayo, el fin inmediato y objetivo –causa– de todo convenio de sindicación para el voto consiste en influenciar, mediante el ejercicio del voto, la voluntad social, el fin perseguido, es común y sirve para satisfacer los intereses de todos los sindicados, más allá de los motivos o finalidades mediatas perseguidas. El objetivo es común y el beneficio se obtiene para todos de la consecución de dicho objetivo.⁵⁹⁷ En la Argentina, la conclusión es diferente, según se haya convenido expresa o tácitamente la trascendencia de un motivo, según lo analizado en el literal A).

C. Causa Ilícita

Sin perjuicio del análisis de la doctrina general del contrato en la materia, merecen comentarios algunas hipótesis referidas por la doctrina, supuestos de ilicitud en este elemento del contrato.

a) Contraprestaciones por el ejercicio de voto.

La dogmática ha señalado que resulta un supuesto de causa ilícita, la hipótesis en que la obligación asumida por el socio o accionista, de votar en determinado sentido, tiene como contraprestación, de parte generalmente de un sujeto no socio, una ventaja de índole patrimonial, o una atribución de particulares o especiales ventajas al socio. Es el supuesto del denominado tráfico o compra de votos.⁵⁹⁸

⁵⁹⁶ Apud MAMBRILLA RIVERA, V., *Caracterización jurídica...*, op. cit., p. 329.

⁵⁹⁷ Cfr. MAMBRILLA RIVERA, V., ibíd., pp. 330-331. Quedan fuera de estas calificaciones las denominadas “ventas de votos”, a las que se refiere en el numeral siguiente.

⁵⁹⁸ Ibíd., p. 328.

Ese negocio implica que quien se obliga a votar en determinado sentido, a cambio de una ventaja o provecho de esas características, puede obtener un lucro como contraprestación por no obstaculizar indebidamente el funcionamiento de la sociedad. Como en la práctica es generalmente imposible distinguir entre las ventas de voto destinadas a impedir este tipo de obstaculización y las que carecen en realidad de fines ilícitos, la tendencia predominante es prohibirlas en forma general.⁵⁹⁹

En ocasiones, sin embargo, no es tan clara la individualización del fin objetivo del negocio. Por ejemplo, cuando quien asume la obligación de votar de acuerdo con lo que indique el sindicato recibe ventajas indirectas.

Así, no se trata de una hipótesis de venta del voto la consistente en que los sindicatos se beneficien, teniendo en cuenta su compromiso de voto, con el pacto de una determinada distribución de las utilidades de la sociedad, lo que, según se vio, podía ser objeto del convenio de sindicación. Tampoco puede interpretarse como una venta de votos, el pactar la designación de un socio en un cargo determinado, que es de interés del sindicato que sea ocupado por este. En ese caso, si recibiera retribución quien ocupe el cargo, la recibirá por su actividad empeñada en el ejercicio del mismo y no en relación con lo pactado en el convenio. Como ocurre cuando se ingresa en la casuística, habrá que estar en cada caso a lo que surja del respectivo convenio.

El asunto lo hemos analizado en profundidad en sede de objeto, por entenderlo la sede apropiada.

b) Finalidad de burlar limitaciones impuestas por normas de orden público sobre la composición personal de las sociedades.

Se cita como un supuesto de causa ilícita, la utilización de estos convenios para que aparezca votando una persona en lugar de otra, que ordena el sentido del voto, a la cual le está vedado participar, en casos en que existen determinadas limitaciones a la transferencia de acciones. Por ejemplo, en materia de ciertos servicios, donde la normativa exige solvencia moral a las personas físicas, si quien ostenta el control es un tercero dedicado, por ejemplo, profesionalmente a negocios ilícitos. El supuesto puede reconducirse a la interposición ficticia de personas o simulación relativa subjetiva, caracterizada por la existencia de un sujeto interpuesto ficticio, que actúa como prestanombre o testaferro del interponente. En ese escenario, el supuesto pacto parasocial no es más que un contradocumento, pues quien contrata realmente es el

⁵⁹⁹CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios...*, op. cit., p. 469.

sujeto que no reunía la calidad para la actividad que pretende desarrollar. Lo que se simuló fue una de las partes en el negocio.⁶⁰⁰ En caso de intervención de terceros vg. otro sindicado, si el tercero no sabía la situación, ingresa en un caso de interposición real de personas. Como indicaba Gamarra: “... en la interposición real el adquirente es algo más que un sujeto (hombre de paja o testaferro) que accede a figurar ficticiamente como propietario; el interpuesto real es un propietario efectivo y verdadero, dado que el bien ingresa a su patrimonio, aunque con la obligación de retransmitirlo, ya que obra en interés ajeno, en el del sujeto que será el destinatario final de los efectos”.⁶⁰¹

⁶⁰⁰GAMARRA J., *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, t. XIII, vol. 6, Ed. FCU, Montevideo, 2007, pp. 77-78; BIANCA, C. M., *Derecho Civil*, t. 3, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 721.

⁶⁰¹GAMARRA J., “Interposición real e intestación a nombre ajeno”, en *ADCU*, t. XXII, p. 532.

CAPÍTULO SEXTO

DERECHO ESPAÑOL Y ARGENTINO

CONVENIOS DE SOCIOS Y ACCIONISTAS

LOS PACTOS PARASOCIALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y EL
DERECHO DE DAÑOS

6.1. Introducción

En el presente capítulo se analizan ambos órdenes jurídicos, en lo que los vincula y los diferencia de los sistemas tratados en el capítulo séptimo, la ausencia de normas que hagan aplicable a un tipo social, mediante un procedimiento (comunicación, inscripción en un registro público), lo dispuesto en un pacto parasocial. Respecto a los enunciados normativos de ambos sistemas cabe remitirse a lo expuesto en el Capítulo segundo, numerales 2.2.2 y 2.2.3, respectivamente, se tratan ahora los significados atribuidos a estos.

Sobre los posibles componentes personales del pacto, los denominados pactos omnilaterales, la conexidad contractual y la participación de la sociedad, es dable dirigirse al abordaje de Derecho comparado realizado en los Capítulos segundo y cuarto. En el presente nos detendremos en la tipicidad de regulación en el sistema español y argentino, la publicidad de ciertos tipos de pactos en ambos regímenes y sus consecuencias.

A nivel dogmático, previo al análisis del Derecho positivo, debe tenerse presente que la eficacia del negocio contrato se expresa, como consecuencia inherente al tipo, a través del surgimiento de una relación obligatoria, la que de principio alcanza a quienes han dado origen a esta, a los pactantes.

De modo que los efectos propios del contrato no alcanzan a terceros, y solo radican en el patrimonio de los que lo consintieron. Consecuencias jurídicas: de cada sujeto dependen las consecuencias jurídico-patrimoniales para sí.

Así, el contrato es eficaz, o no lo es, genera o no genera efectos, pero no es eficaz respecto a alguien que no es parte inicial o subsiguiente, por sucesión a título universal o particular como en la cesión de contrato. Aspecto este -el de la sucesión de situaciones jurídicas- salvo las *intuitu personae*, relevada por la dogmática española que indicaba que la adquisición de acciones o participaciones podía darse por el modo sucesión o también cuando el adquirente asume las obligaciones derivadas del contrato parasocial, lo que comporta el consentimiento de los demás contratantes. Esto último, sin que nada impida que este consentimiento, pueda otorgarse de forma anticipada al otorgamiento del pacto parasocial. Si este consentimiento anticipado se brinda, la necesidad de consentir queda acotada en la instancia de transferencia del contrato al consentimiento del cedente de posición contractual y del cesionario.

No es posible entonces distinguir la eficacia frente a las partes, de la eficacia frente a terceros. La noción de eficacia dice relación solo con las partes. Los terceros no se ven involucrados en las relaciones que genera el contrato, esto no implica que no deban abstenerse de interferir en las relaciones que el contrato genera, el respeto a aquellas es debido, a fin de evitar un ingreso ilegítimo a esfera jurídica ajena, al igual que ocurre con el respeto debido a situaciones de derechos reales.⁶⁰²

De este modo queda circunscrito el tema, lo expresado da un panorama acabado del concepto de eficacia. Debe tenerse presente, además, para una adecuada ubicación del fenómeno, lo referido a la conexidad contractual con el contrato social, ya analizada.

En el sistema español, nos detendremos en las hipótesis en que se inscriben ciertos pactos, y las consecuencias de la inscripción, diversas a las que comporta en los sistemas que analizaremos en el Capítulo séptimo.

6.2. Derecho español

Como se señalara en el nal. 2.2.2 del Capítulo segundo, el Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio de 2010, texto refundido de la LSC, recoge en los arts. 530 a 535 lo que disponía el art. 112 de la LMV española.

Otras normas que aluden a los pactos parasociales en el Derecho español son: los arts. 128.b) y 135.1. a) y b) del TRLMV; el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición –OPA– y su Reglamento, arts. 3.1., literal b), 4.2, 5.1.b), 5.2, 26.1 y apartados a) y b) del art. 29.1, y los arts. 114.2 y 175.2 del RRM. El art. 540.4.a), apartado 2, de la LSC, obliga a las sociedades cotizadas a incluir en el Informe de Gobierno Corporativo, los pactos parasociales comunicados a la propia sociedad, a la CNMV y, en su caso, depositados en el RM. No se otorga una regulación específica a estos, en tanto negocios jurídicos, sino que se procura regular los especiales vínculos y situaciones de control de unas sociedades sobre otra y del cumplimiento de las obligaciones de comunicación a los órganos de

⁶⁰² CAFARO, E. – CARNELLI, S., *Eficacia contractual*, op. cit., pp. 49-51.

control, de la celebración de este tipo de negocios, aunque por esta vía en definitiva se publicita su contenido.

a) Sociedades cotizadas

La regulación de los arts. 530 a 535 de la LSC de España mencionada se refiere a las denominadas sociedades cotizadas, esto es, una sociedad anónima, de cualquier origen, cuyas acciones se han reputado pasibles de comercialización en un mercado secundario oficial de valores españoles. Alcanza también a aquella sociedad que ejerza el control sobre la sociedad cotizada, tal como viene de definirse. Establece la obligación de comunicar los pactos parasociales.

En relación con el alcance de este último concepto, género respecto al convenio de sindicación –especie–, cabe remitirse a lo definido en el Capítulo primero, nal. 1.4, referido a los componentes personales del pacto, cualquiera fueran, en tanto estamos ante un pacto parasocial deberá este ser inscripto, es irrelevante a estos efectos la forma en que se hubiera expresado la voluntad, aunque por razones de prueba y depósito en el registro corresponderá la forma escrita.

De los arts. 530 y 531 de la LSC surge que la celebración, prórroga o modificación de un pacto parasocial que tenga por objeto el ejercicio del derecho de voto en las Juntas generales o que restrinja o condicione la libre transmisibilidad de las acciones o de obligaciones convertibles o canjeables en las sociedades anónimas cotizadas habrá de ser comunicada con carácter inmediato a la propia sociedad y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, “acompañando” copia de las respectivas cláusulas del documento en el que conste. Si el pacto parasocial incluyera otras normas que no refieren a dichas materias, estas no son susceptibles de publicidad.

La mención a las obligaciones convertibles es apropiada en tanto tenga la misma incidencia en las materias que interesa al legislador que sean conocidas, la regulación del derecho de voto en la junta general y la libre transmisibilidad en el caso de esas obligaciones convertibles (art. 530.2 de la LSC).

Dicha publicidad constituye un requisito legal de eficacia (ver *infra*, Capítulo tercero), pues previo a la inscripción, el negocio será válido pero ineficaz. La ley no explica a qué órgano social debe hacerse la comunicación. En función de las atribuciones de los diversos órganos reflejadas en la propia ley debe efectuarse al consejo de administración –directorio–. En cuanto al lapso para efectuarla, no se indica tampoco; en efecto, tratándose de una situación de carga, imperativo del propio interés

de los otorgantes, alcanza con que se indique que debe hacerse de inmediato. Respecto a los componentes personales de los pactos inscribibles, estos son los referidos en el Capítulo cuarto (nal. 4.1), lo que alcanza a los accionistas, beneficiarios de garantías, terceros y la propia sociedad; situación esta última que lleva a abundar a quienes no admiten a la propia sociedad como otorgante. En tanto aquella lo otorga, y es relevante su inscripción, procuran un mecanismo para inscribir lo que antes no se ha reputado ajustado a Derecho o que no genera efectos, etc. De esta forma se ha señalado que son inscribibles, pues se trata de un hecho relevante invocan estos autores, con fundamento para inscribir lo que antes se había señalado que no era lícito, o no era admisible por carecer la sociedad de la posibilidad de otorgarlo etc. En ese marco se sostiene que la publicidad corresponde conforme a lo edictado en el art. 82 de la Ley de mercado de valores como hecho relevante.⁶⁰³

En este ámbito, la base del sistema reposa en la libre transmisibilidad de los valores y en la transparencia de la información. La primera característica surge del art. 33.3 del TRLMV, que regula el mercado primario de valores, en tanto el art. 9.4 del Real Decreto 1310/2005, en consonancia con la Ley 24/1988, indica que los valores son libremente transmisibles mientras no existan restricciones en los estatutos del emisor o en el acuerdo de emisión de los valores. Con esa base, las limitaciones deben ser informadas a los posibles inversores. De allí que cualquier pacto que en cualquier forma incida en la libre transmisibilidad de las acciones debe seguir el procedimiento indicado para que este despliegue efectos. Esto alcanza a cualquier situación jurídica que en cualquier forma haga que la libre transmisibilidad descaezca.

Como señala la profesora de Granada Carmen Rojo, las sociedades cotizadas comprometen diariamente el ahorro de miles de pequeños y medianos inversores en la negociación de los valores que emiten y están admitidos en un mercado regulado, obteniendo con ello un cauce privilegiado de financiación, con cargo a sus

⁶⁰³ ALBELLÁ AMIGO, S., “Régimen de publicidad de los pactos parasociales”, en AA.VV., F. Uría (coord.), *Régimen jurídico de los Mercados de Valores y de las Instituciones de Investigación Colectiva*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, pp. 861-862.

recursos propios (acciones) o ajenos (obligaciones), por lo que es justo que ofrezcan al mercado de valores una mayor transparencia.⁶⁰⁴

En este sentido, a nuestro juicio, quedarán incluidos los convenios de sindicación que establezcan derechos de adquisición, con base en otras situaciones de derecho de crédito que independientemente de la fuente, v. g., contrato, o del soporte valores negociables, que tengan como contenido el devenir accionista de una sociedad cotizada, como negocios de opción, derechos de suscripción preferente, entre otros que arrojen esa ventaja o provecho. Sin embargo, el asunto puede ser opinable. Respecto a los titulares de obligaciones convertibles en acciones, no parece ofrecer mayor hesitación, siempre que en el pacto intervenga al menos un accionista. En efecto, los titulares de estos derechos pueden convenir cómo ejercerán el voto y también pueden condicionar mediante diversos negocios o restringir la transmisión de esos instrumentos que soportan un derecho de crédito por el que devendrán accionistas. Sin embargo, se han planeado cuestionamientos respecto a otras situaciones, que terminarán en la calidad de accionista, por ejemplo, el comprador de acciones que aún no ha devenido titular tiene un derecho de crédito respecto a la transferencia, o es titular de una situación de derecho potestativo, por un negocio de opción del que es beneficiario. En ese caso, si se integran a un convenio de sindicación donde participe al menos disponiendo cómo obrarán o qué limitaciones o restricciones padecen o padecerán, quedarían alcanzados.⁶⁰⁵

En la dogmática española se ha debatido si quedaba alcanzado un pacto celebrado, no ya por titulares de este tipo de créditos, sino directamente por titulares de obligaciones convertibles en acciones. La respuesta a esta pregunta puede devenir compleja para los que entienden que el tipo contractual convenio de sindicación o pacto parasocial no se verifica si intervienen terceros, hemos sostenido que es necesario que intervenga algún socio para que el negocio pueda calificarse de tal. Por tanto, si solo intervienen titulares de obligaciones convertibles, o en general de derechos de crédito

⁶⁰⁴ ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “La tutela jurídica otorgada al inversor en las sociedades cotizadas”, en Pérez-Serrabona González, J. L. (dir.), Pérez-Serrabona González, F. J. (coord.), *Derecho Privado, Responsabilidad y Consumo*, Ed. Aranzadi, 2018, p. 251.

⁶⁰⁵ Cfr. MORENO UTRILLA, D., “Los sindicatos de bloqueo en las sociedades anónimas”, Tesis bajo la dirección de los Drs. D. Guillermo Jesús Jiménez Sánchez y D. Pedro Jesús Baena Baena, para la colación del grado de Doctor, Sevilla 2012, p. 788, disponible en https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/73701/Tesis_Moreno%20Utrilla%2C%20David.pdf?sequence=1&isAllowed; RECALDE CASTELLS, A. –DIOS MARTÍNEZ, L.M.DE, “Los pactos parasociales en la Ley de Transparencia: una cuestión polémica”, en *La Ley*, N° 5929, p. 3, enero de 2004.

respecto de acciones, estos negocios no quedan alcanzados por lo dispuesto en los artículos referidos según la tipificación de pactos parasociales que hemos efectuado, podría sí tratarse de un hecho relevante que “pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario” y en el marco del art. 82 de la LMV dársele publicidad, pero no resultará aplicable el régimen que ahora analizamos.⁶⁰⁶

Los verbos utilizados en el enunciado normativo “restringan o condicionen” abonan que cualquier pacto parasocial que agregue una situación jurídica pasiva a un potencial enajenante debe comunicar, entre otros, y sin que implique una enumeración taxativa, opciones de compra, mecanismos de arrastre, acompañamiento, limitaciones a la posibilidad de disponer, obligaciones de no hacer.

Moreno Utrilla indica que aquellos pactos que afectaran a la autonomía de la voluntad de las partes en la transmisión de las acciones, por ejemplo, los pactos de sindicación sobre el mantenimiento de un determinado porcentaje en el capital social o de un umbral convenido y asimismo, aquellos que prohíben, limitan o condicionan la adquisición por los socios de nuevas acciones de sociedad cotizada, quedan sometidos al régimen de publicidad de los artículos mencionados.⁶⁰⁷

Respecto a las cláusulas que establecen que los accionistas deben mantener cierta porción de capital, cabe señalar que si las deben mantener, no pueden enajenarlas, por lo que ingresan sin dificultad en el supuesto descrito y debe dársele publicidad al pacto. En cambio, un pacto que impide a un accionista adquirir más acciones, no puede subsumirse en un pacto que restringe la posibilidad de enajenación de estas, pues quien quiera venderlas podrá vendérselas a otro. Esto no implica desconsiderar otros efectos que un pacto de ese tipo podría comportar, y los posibles derechos de información de los inversores sobre el régimen de la sociedad, pero la consecuencia de ineficacia

⁶⁰⁶ En contra también, MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., p. 252.

⁶⁰⁷ MORENO UTRILLA, D., “Los sindicatos de bloqueo...”, op. cit., p. 796.

prevista en la ley no deviene aplicable, en tanto no ingresa dicho contenido normativo dentro de lo previsto.⁶⁰⁸

En la legislación española no se regula un plazo máximo de duración de los convenios de sindicación inscribibles.⁶⁰⁹ Se nota un fuerte predominio de la autonomía privada, sin perjuicio del límite surgido de la conexidad contractual (ver *supra*, Capítulo tercero, nal. 3.5), lo mismo en cuanto a la forma de la desvinculación en caso de convenio sin plazo, que tendrá como límite los supuestos de abuso de derecho o lo regulado por los otorgantes. Se infiere de esto que la obligación que el art. 30.1 del CCyCo español respecto a la conservación de documentos de su negocio por un lapso de seis años, en nada se vincula con este asunto. Enefecto, como todo contrato deberá conservarse el documento en que se soporta mientras no transcurra el plazo de prescripción de las posibles pretensiones vinculadas al negocio, aun luego de su extinción, salvo que las partes hubieran concluido este declarando que nada tiene que reclamarse recíprocamente.

En la dogmática se ha analizado si deben inscribirse también los pactos parasociales que tengan como objeto el voto en el consejo de administración, también cuestionado por cierto sector de la doctrina; se han invocado razones de oportunidad y conveniencia para que dichos pactos se registren, las que no nos parecen admisibles más que de *lege ferenda*.

En este sentido, Moreno Utrilla indica que “llama la atención la falta de mención a los pactos de sindicación relativos al derecho de voto en el órgano de administración”. Percibe este autor –y parece de recibo– que tal vez en la etiología estuvo la resistencia a la licitud de este tipo de pactos que sigue presentando parte de la doctrina, y por otro lado, considerar que la indicación para el órgano de administración es diferente de la que se refiere a la junta general y, por tanto, su régimen debe ser diferente. Aunque como se verá *infra*, en la regulación de las OPAS incluye entre los pactos relevantes, a los efectos de la obligación de presentar una OPA, los que afecten al consejo de administración y a la comisión ejecutiva o delegada (art. 5.1, letra “b” II del RD 1066/2007). El autor en cita, en opinión que también parece compartible, señala que este tipo de pactos deberán informarse de acuerdo con lo establecido en el art. 82 de

⁶⁰⁸ Cfr. ALBELLA AMIGO, S., “Régimen de publicidad...”, *op. cit.*, p. 867; MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 250; FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del Derecho societario español”, en *RDS*, Nº 22, 2004, p. 96.

⁶⁰⁹ Respecto al plazo, *vid. supra* el análisis del sistema italiano, subepígrafe 2.2.3, y el francés, subepígrafe 2.2.5, así como lo relacionado con la conexidad contractual en el subepígrafe 3.5, lit. a).

la LMV y la circular 4/2009, por tratarse de información relevante, y en la de las OPAS parece apropiada la publicación de todos los pactos de sindicación para el órgano de administración que tengan por objeto establecer una política común e influir en la gestión de la sociedad.⁶¹⁰ Al tratarse de normas registrales, no es aceptable una integración analógica y, por tanto, la eficacia de dichos pactos no quedará, en nuestra opinión, sometida al requisito legal de eficacia de la inscripción.⁶¹¹

La comunicación, para que despliegue eficacia el pacto, incumbe a todos los alcanzados por el ámbito de eficacia material de las normas que surgen de los arts. 530 a 535, en tanto la ley no distingue.⁶¹²

No parece de recibo entrar en consideraciones respecto al contenido del pacto que trasciendan lo que indica la ley, esto es, analizar si el pacto tiene como finalidad influir de tal o cual manera en la sociedad o establecer una cierta política; en efecto, respecto a la gestión, esto comportaría la ponderación en cada caso por parte del que tiene la carga de inscribir y del registrador, lo que no es admisible.⁶¹³

A nivel de razones para la regulación por el legislador español, Martínez Rosado indica que debe distinguirse la regulación de los pactos parasociales que responde a la decisión de dar publicidad en las sociedades cotizadas a aquellos pactos que puedan influir en una hipotética decisión del inversor e incluso en el propio funcionamiento del mercado de valores, de lo previsto para las OPAS, que obliga a publicitar esta cuando se adquiere el control de la sociedad de una forma directa (mediante la adquisición de acciones) o indirecta (a través de pactos parasociales, etc.). En ese sentido, la finalidad de un pacto que no consista en influir de manera estable en la gestión social o no apunte a lograr o consolidar el control de esta, no hace que surjan del mismo otras consecuencias relevantes para los inversores, o para el mercado de valores en general. Es decisivo el argumento que maneja Yanes Yanes, y prohíja el autor en cita: la trascendencia de la comunicación de un pacto parasocial solo podrá evaluarse luego de comunicado; y agregamos nosotros que habrá tantas evaluaciones como evaluadores, dicha comunicación debe realizarse para que despliegue eficacia en

⁶¹⁰ MORENO UTRILLA, D., “Los sindicatos de bloqueo...”, *op. cit.*, p. 701, nota 53.

⁶¹¹ Contra, ALBELLÁ AMIGO, S., “Régimen de publicidad...”, *op. cit.*, p. 860.

⁶¹² Cfr. MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, pp. 243-244; ALONSO LEDESMA, C., voz “Pactos Parasociales”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, *op. cit.*, p. 858.

⁶¹³ En contra, ALBELLÁ AMIGO, S., “Régimen de publicidad...”, *op. cit.*, p. 862.

todos los casos previstos en la ley.⁶¹⁴ En la misma línea de argumentación, con base en el brocard *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, debe calificarse de irrelevante el volumen de votos que involucren al pacto parasocial, por lo que como indica el profesor Mambrilla Rivera, el ámbito de aplicación alcanza a todos los pactos, los de la sociedad cotizada y los de su controlante, así la sindicación refiera a socios minoritarios.⁶¹⁵

El profesor García de Enterría ha sostenido lo contrario, indicando que el art. 23.1 del RD 1362/2007, de 19 de octubre, en referencia a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, obliga al accionista a que adquiera o transmita acciones que atribuyan derechos de voto de un emisor cuyas acciones estén admitidas a cotización en un mercado secundario oficial español o en otro mercado regulado domiciliado en la UE, a notificar al propio emisor y a la CNMV la proporción de derechos de voto que quede en su poder como resultado de dichas operaciones, si, y solo si, esta proporción alcanza, supera o reduce por debajo de los umbrales respectivos.⁶¹⁶ De allí infiere el profesor madrileño que carece de razón comunicar la incidencia obtenida a través de un mecanismo contractual, siendo que cuando se es titular “puro y duro” de las acciones, se requieren esos porcentajes para que deba efectuarse la comunicación.

El argumento no parece admisible. En efecto, como indica Yanes Yanes, “los fines regulatorios que atiende la disciplina de la publicidad de los pactos parasociales podrían quedar comprometidos con independencia del capital afectado por el pacto; lo que no autoriza a que por vía interpretativa prejuzguemos un efecto sobre el que el legislador ha guardado silencio y que es una cuestión de hecho cuya trascendencia, solo tras la comunicación del pacto, podría calibrarse”; y al decir de Martínez Rosado, autor que asigna significado a los enunciados normativos en interpretación teleológica, debe distinguirse un supuesto de otro, la comunicación de una participación inferior a la prevista legalmente como significativa es innecesaria e

⁶¹⁴ YANES YANES, P., “Los pactos parasociales no comunicados”, en *Diario La Ley*, N° 753, Sección “Doctrina”, 20 de diciembre de 2010, epígrafe IV.2.3; *apud* MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, pp. 243-244.

⁶¹⁵ MAMBRILLA RIVERA, V., “Los pactos parasociales y la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas: análisis de su tratamiento en la ley 26/2003”, en *RdS*, N° 22, año 2004, p. 243. En esta posición se sitúa la gran mayoría de la dogmática, cabe remitirse al relevamiento que efectúa MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 244, n. 49.

⁶¹⁶ Del 3 por 100, 5 por 100, 10 por 100, 20 por 100, 25 por 100, 30 por 100, 35 por 100, 40 por 100, 45 por 100, 50 por 100, 60 por 100, 70 por 100, 75 por 100, 80 por 100 y 90 por 100.

incluso contraproducente. Sin embargo, la comunicación de los pactos parasociales que se celebren, aunque no superen la cuantía establecida como participación significativa, puede tener influencia sobre el mercado.⁶¹⁷

Sobre la base del mismo criterio –donde no distingue la ley no debe hacerlo el intérprete– como indica Mambrilla Rivera, la extensión del pacto no debe ser considerada para evaluar si debe o no ser inscripto, y aquí importa la tipificación contractual; en efecto, un mandato no encarta en un pacto parasocial, ni un negocio de garantía.⁶¹⁸ Moreno Utrilla entiende que no es razonable aplicar este deber a los pactos que tengan por objeto exclusivo la atribución del derecho de voto, como consecuencia del otorgamiento por un accionista a otro de su representación con instrucciones de voto, o en el caso de una prenda o de un usufructo de acciones, salvo que se hubiera utilizado esta vía para eludir la obligación. Tampoco parece que exista obligación de publicar cuando los pactos lo que contemplen sea la consulta previa entre los integrantes del pacto. En esta casuística, León Sanz señala que los instrumentos financieros que confieran el derecho a adquirir acciones ya emitidas y que atribuyan derechos de voto no dan lugar al ejercicio conjunto de los derechos de voto de las acciones que constituyan el subyacente o el objeto de los contratos de permuta financieros y, en consecuencia, no quedan sujetos al deber de publicidad, aunque si el tenedor del instrumento financiero es titular de un derecho incondicional al vencimiento de adquirir las acciones subyacentes o la facultad discrecional de hacerlo, se deberá notificar como participación significativa (art. 28.2 del RD 1362/2007).⁶¹⁹

El documento en el que conste el pacto deberá ser objeto de depósito en el Registro Mercantil en el que se encuentra inscrita la sociedad y se publicará como hecho relevante en los Registros de la CNMV. Para proceder al depósito, previamente debió comunicarse a la sociedad o a la CNMV; al no existir solemnidad en cuanto a la forma

⁶¹⁷ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Cuestiones sobre el régimen de transparencia de los pactos parasociales en las sociedades cotizadas”, en *RMV*, N° 7, 2010, p. 139; YANES YANES, P., “Los pactos parasociales no comunicados”, *op. cit.*, epígrafe IV.2.1, ambos *apud* MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 242.

⁶¹⁸ MAMBRILLA RIVERA, V., “Los pactos parasociales...”, *op. cit.*, p. 243.

⁶¹⁹ LEÓN SANZ, F., “Pactos parasociales sujetos a publicidad”, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. II (dir. por Rojo Fernández-Río y otros), 2011, p. 3375. Cfr. MORENO UTRILLA, D., “Los sindicatos de bloqueo...”, *op. cit.*, p. 784.

de otorgamiento del convenio de sindicación podrá otorgarse en documento público o privado y no se exige el depósito del documento original. En cuanto a los efectos, se trata de una publicidad noticia meramente informativa; respecto a los terceros y para los otorgantes comporta el cumplimiento de un requisito legal de eficacia. Como señala la doctrina, el examen del registrador sobre el documento a depositar se debe limitar a determinar si el documento presentado es de los que deben depositarse, conforme surge de las normas referidas, no implica un control de legalidad respecto al contenido, ni a su cotejo con las normas estatutarias o legales, *v. g.*, si en el pacto parasocial se establecen comportamientos exigibles a los administradores o establecen mayorías especiales, etc., no cuenta con competencia normativa para cotejar si es apropiado el contenido, solo no podrá admitirlo si no encarta en el supuesto previsto en la norma; el depósito no exige una labor de calificación registral diversa de la que viene de mencionarse.⁶²⁰

En referencia a los supuestos de control societario, el art. 534 de la LSC establece la obligación de inscripción respecto a los pactos parasociales entre socios o miembros de una entidad que ejerza el control sobre una sociedad cotizada.

En el Derecho español, el supuesto de existencia de control societario se infiere de lo dispuesto por el art. 18 de la LSC de ese país, que dispone que existe un grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el art. 42 del Código de Comercio.

Este último, a su vez, dispone que la controlante sea la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras sociedades. Dicho artículo establece que se presume dicha situación cuando posea la mayoría de los derechos de voto; tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto, haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Establece una presunción para el caso en que la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Por el tenor del art. 534, esto alcanza a los pactos referidos al voto y a la transmisión de acciones en la controlante y en la controlada –sociedad cotizada–.

⁶²⁰ Cfr. MORENO UTRILLA, D., “Los sindicatos de bloqueo...”, *op. cit.*, p. 798.

Debe tenerse en cuenta que pueden existir otros mecanismos de control societario diversos a los referidos y en esos casos también corresponderá la inscripción de los pactos parasociales en los términos antedichos. Dicho artículo alude a mecanismos de control interno, y cabe preguntarse si puede extenderse a situaciones de control externo.

Releva la mercantilista uruguaya Algorta, siguiendo a la doctrina argentina, que el control externo o vincular permite influir de forma dominante sobre las decisiones del administrador de la sociedad de afuera de la sociedad, en razón de vínculos existentes entre la sociedad y el controlante.

Estos vínculos pueden resultar de relaciones contractuales o de situaciones de hecho. A diferencia del control interno, directo o indirecto, la sociedad controlante no designa a los administradores de la sociedad controlada, pero posee tal influencia que dirige la voluntad de aquellos respecto de la gestión social. A su vez, el control interno y el externo podría potencialmente superponerse, puede una sociedad ser controlada por otra en virtud de las participaciones sociales y a su vez ser controlada por una sociedad externa en virtud de especiales vínculos.

Será también aquí una “*quaestio facti*”, el establecer si un determinado vínculo o relación jurídica coloca a cada una de las partes intervinientes en aquella especial situación de predominio y subordinación, que es característica del contralor. Siguiendo a Otaegui, este distingue vínculos resultantes de relaciones contractuales, los cuales este último subdivide en contratos de dominación y contratos de integración empresarial y situaciones de control de hecho, como endeudamiento excesivo o posición cautiva.

Los contratos de dominación implican alterar contractualmente el régimen estatutario de administración delegando la competencia del administrador y no son lícitos en la legislación española.

Los contratos de integración empresarial tienen por fin la participación de las sociedades integradas en determinadas fases de la actividad, vg. franquicia.

Se señala así que la sociedad dominante debe ser imprescindible para la sociedad dominada, de forma que sin la dominante no podría cumplir su objeto social sin que se dé la inversa. Aquí no hay delegación de las funciones, limitación de las actividades de la controlada, que queda aplicada de forma prevalente o exclusiva,

acotándose así lo que puede decidirse. En el endeudamiento excesivo, el administrador de la dominada deudora queda sujeto a la influencia dominante del acreedor en el desempeño de su función, lo que impacta en la gestión operativa y empresarial de forma significativa y duradera.

La posición cautiva se presenta cuando se configura una situación de integración empresarial no pactada contractualmente, pero resultante de hecho (vg. cliente dominante). También este supuesto debe tener las notas de: i) significación y ii) permanencia para estar frente a una situación de subordinación de la sociedad cautiva a su captor y ello conducirá a que el administrador de la sociedad cautiva quede sujeto a la influencia dominante de su captor en el desempeño de su función.⁶²¹

En las sociedades cotizadas, entonces, los pactos deben tomar estado público en la forma relevada; este es un requisito legal de eficacia, en tanto tal, y en función de que el contrato genera normas individuadas para los otorgantes –relatividad– no los torna eficaces respecto de terceros. En efecto, conceptualmente nunca puede ser eficaz un negocio respecto de un tercero. Cabe preguntarse si es oponible a terceros el pacto celebrado en una sociedad española cotizada, luego de la inscripción.

De lo expuesto en torno al concepto de “eficacia”, se puede colegir que la expresión “eficacia frente a terceros”, que se utiliza de modo promiscuo muchas veces, merece una asignación de significado acorde con los marcos conceptuales del estadio de desarrollo del pensamiento privatista y no limitarse a afirmar que el contrato será eficaz frente a terceros.

Deviene aplicable en este caso el concepto de oponibilidad. En efecto, a partir de la relación creada por el convenio de sindicación y del cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación para sociedades cotizadas, es permitido preguntarse si para el caso de presentarse un conflicto entre los otorgantes del convenio que establece restricciones a la transmisibilidad de las acciones y un tercero adquirente, la ley fija un criterio contemplando en forma excluyente el derecho de la parte, respecto del tercero. En el pacto que contiene una limitación a la transferencia de las acciones, la situación de conflicto se presenta entre quien pretendió adquirirlas y los interesados en su cumplimiento. La respuesta es negativa, en el sistema español, el pacto publicitado de una sociedad cotizada no será oponible al tercero adquirente. Se trata de un supuesto

⁶²¹ ALGORTA MORALES, P., *El Control Societario en la ley de sociedades comerciales*, Ed. UM, Montevideo, 2013, pp. 29-39.

de publicidad noticia, meramente informativa, que tiene como finalidad dar a publicidad a la estructura de control de la sociedad.⁶²²

La situación ingresa en un supuesto de tutela aquiliana del contrato o del crédito. Hace ya mucho tiempo la dogmática del Derecho continental ha reconocido lo que comporta la celebración de un contrato, distinguiendo el contrato como acto que ingresa normas jurídicas al sistema en función de la competencia normativa de los sujetos, las situaciones jurídicas en las que se ubican los sujetos respecto de esas normas, y el contrato como evento, como hecho.

De esta forma, cuando el tercero y el deudor realizan un contrato que implica el incumplimiento de la obligación previamente contraída por el deudor con el acreedor, como en el caso de adquisición de las acciones, siendo que la venta estaba regulada, y esto era conocido como un contrato incompatible.

Como señala Fernández Arévalo en su clásica obra en la materia, la interpretación conjunta de las normas que consagran la libre contratación y el respeto a los derechos ajenos hace que la libertad de contratar no queda por fuera del deber genérico de no dañar. En el Derecho positivo español, el art. 1257 del CC no comporta un régimen de exención de la obligación de reparar los daños, ni enerva la antijuridicidad del proceder de quienes violentan el derecho ajeno. En estos casos, el

⁶²²MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., pp. 162-166. El profesor de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Complutense releva la doctrina española sobre el asunto, cita a RECALDE CASTELLS, A. y DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., “Los pactos parasociales en la Ley de Transparencia: una cuestión polémica”, *Diario La Ley*, N° 5929, 9 de enero de 2004, refª D-7, epígrafe III.1.B), e indica que “mucho más discutible es que a estos documentos [depositados] deban reconocerse los efectos materiales derivados de la inscripción en el Registro Mercantil”. En ese sentido, GINER GARCÍA, D., en “Aproximación a la regulación del sistema de publicidad de los pactos parasociales en la Ley 26/2003”, en *Diario La Ley*, N° 5902, 27 de noviembre de 2003, refª D-265, epígrafe IV, párrafo tercero, acudiendo a un argumento de carácter sistemático: conforme al antiguo art. 7.1 TRLSA (actual art. 29 LSC). Agrega Martínez Rosado que conforme “al art. 11.3 TRLMV, ‘el tercero que adquiera a título oneroso valores representados por medio de anotaciones en cuenta de persona que, según los asientos del registro contable, aparezca legitimada para transmitirlos o estarán sujeto a reivindicación, a no ser que el momento de la adquisición haya obrado de mala fe o con culpa grave’, por la sencilla razón de que no puede derogar la regla legal de la libre transmisibilidad”. Regla que surge según releva el autor de los arts. 33.3 TRLMV (“los valores serán libremente transmisibles”) y 9.4 del Real Decreto 1310/2005 de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, que tras indicar que “los valores deben ser libremente transmisibles”, añade que “se considerará que los valores son libremente transmisibles siempre que no existan restricciones en los estatutos del emisor o en el acuerdo de emisión de los valores”. Hace hincapié el mencionado autor en que no se hace referencia a que libre transmisibilidad deje de existir si las restricciones constan en un pacto parasocial.

acreedor podrá exigir la responsabilidad contractual del deudor, que enajenó los títulos accionarios por incumplir su obligación, la que fuere, vinculada con los procedimientos o limitaciones previstos para la venta en el pacto parasocial y podrá convocar la responsabilidad extracontractual del tercero adquirente, siempre que este conozca o pueda razonablemente conocer la existencia del derecho de crédito que resulte lesionado por el contrato que él celebra, en el caso de ambos protagonistas el factor de atribución será el dolo, en un caso la intención de incumplir y en el otro la de dañar. La base normativa para la convocatoria a responsabilidad del tercero, surge en el derecho español del art. 1902 del CC.⁶²³

Alguna doctrina española distingue, a la hora de apreciar la buena o mala fe, entre expertos y profanos, señalando que respecto a los primeros, a los que denomina iniciados, parten para ello de un hecho cierto, que las limitaciones a la transmisión no son oponibles a la sociedad; agregan que no son oponibles a los terceros que contraten con los miembros del pacto parasocial, lo que también es cierto, esto es, no se protege a los pactantes acreedores ante el incumplimiento de uno de ellos, a la vez deudor. Pero en lo que no se comparte, agregan que la publicidad del pacto no hace que el tercero deje de estar de buena fe. Es difícil comprender el concepto de buena fe que se sustenta, efectivamente, si se trata del concepto de buena fe subjetiva, este consiste en la protección del ordenamiento a un sujeto que ignora un hecho; en este caso, ante la publicidad no puede asumirse que lo ignora. En definitiva, estos autores entienden que debe demostrarse el conocimiento efectivo del pacto. Ahora bien, si estaba disponible su contenido, por ejemplo, por publicación en la página web de la compañía, el tercero lo

⁶²³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., *La lesión extracontractual del crédito*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1996, especialmente Capítulo V. Releva el profesor de La Coruña Busto Lago que: “La jurisprudencia española ha admitido desde una época muy temprana la protección aquiliana de los derechos de crédito. Así lo corrobora el pronunciamiento contenido en la STS de 23 de marzo de 1921 [CL 90, p. 585] a propósito de los actos de una compañía discográfica violando el derecho de exclusiva pactado por Raquel Meller con otra compañía distinta, si bien la Sentencia no argumenta sobre la cuestión que nos ocupa y tampoco sistematiza los presupuestos que han de concurrir en orden a que un competido responda extracontractualmente de los daños causados como consecuencia de su contribución dolosa al incumplimiento contractual del deudor y no precisa si un tercero ajeno al mercado discográfico podría ser sujeto pasivamente legitimado en la acción aquiliana. Más recientemente y en el mismo sentido, también a propósito de un supuesto de infracción del derecho de exclusiva de la explotación de derechos de propiedad intelectual previamente cedidos al contratante acreedor, se ha pronunciado la STS de 4 de mayo de 1973 [RJ 1973\2291] y, también en relación con la infracción de un pacto de exclusiva mediante la celebración por el deudor y un tercero de un nuevo contrato incompatible con el que une a aquél con el acreedor, la STS de 20 de marzo de 1995 [RJ 1995\1965]”. Vid. BUSTO LAGO, J. M., “Materiales para la construcción de la responsabilidad civil de los terceros de confianza: Perspectiva desde la responsabilidad civil de auditores y de las agencias de rating y la teoría de las floodgates”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, t. 18, año 2014, p. 39.

debía conocer, entonces, la buena fe que se invoca no es tal. Pretenden que solo tendrían la carga de conocerlo los expertos, los “terceros iniciados”, v. g., operadores en el mercado de valores, competidores de la sociedad cotizada. La condición de expertos o iniciados, agregamos nosotros entre ellos a los inversores habituales, a los profesionales, unida a la publicidad del pacto, podría considerarse elemento suficiente para poner de manifiesto la falta de buena fe en la actuación del tercero. En ese caso plantean que debe suponerse que lo conocían y que el tercero experto deberá probar que no lo conocía,⁶²⁴ más allá de la validez y eficacia del negocio. A mi juicio, tal razonamiento no es de recibo. Ante la publicidad noticia en todos los casos debe suponerse que el tercero está de mala fe, si el mismo se sirvió de asesores y es demandado, podrá repetir contra ellos, esto es, contra los que lo asesoraron para adquirir las acciones, aunque conocían o debían conocer la existencia del negocio.

En conclusión, la transmisión es válida y eficaz, constituye un evento dañante respecto de los pactantes, el sindicado incumplidor responderá por el incumplimiento de su obligación y el adquirente responderá extracontractualmente, salvo que demuestre que no conocía lo pactado; esto será particularmente difícil si tenía las competencias en razón de su formación, pues en ese caso, o lo conocía o debía conocerlo.⁶²⁵

⁶²⁴ MORENO UTRILLA, D., “Los sindicatos de bloqueo...”, *op. cit.*, p. 801.

⁶²⁵ Ha sostenido lo contrario MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, para quien “es indudable que el tercero podrá conocer la existencia del pacto en el caso de que visualice la página web o acuda al Registro, ni la publicidad del pacto en las páginas web de la sociedad y de la CNMV ni su depósito en el RM tienen por objeto hacer oponible las restricciones a la libre transmisibilidad o los sindicatos [...] a los terceros adquirentes sino dar a conocer a los inversores quien ostenta el control societario y/o qué factores pueden alterar o influir en la cotización de las acciones”. Esta afirmación puede compartirse pero no resulta relevante, pues por el modo que fuere, porque estaba en el registro, en la página web, porque se lo avisó alguien enviándole un correo electrónico, porque se lo informaron en la sociedad, etc., el tercero conocía la existencia del contrato y de la obligación y está colaborando con su incumplimiento. Agrega el autor en cita que: “El tercero, por tanto, no podrá calificarse de mala fe [...] incluso aunque pueda demostrarse que conoce la existencia del pacto y su contenido”; opinión que no puede secundarse pues justamente el conocimiento de la ilicitud hace que el tercero pase a estar de mala fe. El argumento consistente en que “cuando dicha publicidad brilla por su ausencia, la ley ni siquiera se refiere a los terceros adquirentes, sino que ‘únicamente’ establece como sanción la ineficacia de dicho pacto inter partes” tiene un problema de atinencia, porque refiere a la publicidad como requisito legal de eficacia del pacto, lo que incumbe a los otorgantes. Supongamos la existencia de un pacto donde no hubiera que inscribir, el tercero sabe de la existencia del contrato y colabora con el incumplimiento; en ese caso es responsable *ex art.* 1902 del CC español. Argumenta el autor que “si se llegaría al absurdo de que el tercero tendría que decidir entre las ventajas y los inconvenientes de consultar o no la página web

b) Protocolos familiares

b.1) El concepto de empresa familiar y el contenido de la regulación de las relaciones económicas

El ámbito donde tienen lugar este tipo de negocios es la empresa familia. En el capitalismo posmoderno de occidente, en los sistemas del *civil law* en los que se sitúa este estudio, ya no resulta tan abarcativa la mención propia de la modernidad, en cuanto a que la familia perdió su carácter económico, porque la antigua producción doméstica – familia que trabajaba y explotaba en común el patrimonio familiar– ha cedido el puesto a la organización industrial.

Hasta hace un par de décadas, la familia no era considerada generadora de riquezas, salvo cuando se ponderaba la incidencia de eventos como el divorcio, el desempleo, la violencia familiar, o cómo en la etiología de problemas personales incidían momentos económicos aciagos. En la modernidad tardía, la empresa familiar ha recuperado protagonismo; respecto a qué debe entenderse por tal, la autora y magistrada argentina Graciela Medina, a quien seguimos en este segmento,⁶²⁶ efectúa una descripción de las definiciones propuestas por la doctrina. Así se ha planteado que debe entenderse por tal, aquella en la que la familia posee una participación en el capital suficiente para ejercer el control y/o tiene suficiente representación en los órganos sociales, pudiendo o no intervenir en la gestión ordinaria; a ello se adiciona la vocación de perpetuar en los descendientes el emprendimiento.

En Colombia se ha definido como aquella en donde existe entre dos o más socios un parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado (padre, madre, hijos y hermanos) o único civil (padre o madre adoptante o hijo adoptivo), o están unidos entre sí matrimonialmente, siempre y cuando los socios así relacionados ejerzan sobre la sociedad un control económico, financiero o administrativo. En Argentina, como aquella empresa en donde la mayoría del capital social se concentra en los miembros de una

de la sociedad o la de la CNMV: si consultara los pactos parasociales existentes podría conocer su existencia y su eventual incidencia en la formación del precio de las acciones y en el control societario, pero le serían oponibles”. Tampoco puede prohibirse lo afirmado por el connotado privatista en cita en ese caso, pues no le sería oponible. En efecto, si le fuera oponible la compraventa, sería inoponible para los sindicatos, porque el conflicto se resolvería a favor de estos. De no consultarlos, no le sería oponible su contenido, pero tampoco conocería las eventuales incidencias de estos en la formación del precio de las acciones o en el control societario, conocimiento que la ley quiere que adquiera y que, como decíamos, constituye la razón de ser de su obligatoria publicidad.

⁶²⁶ MEDINA, G., “Las relaciones de familia y patrimoniales de la persona. La empresa familiar”, en *Protección Jurídica de la Persona – Homenaje al Dr. Julio César Rivera*, Graziabile, D. J. (coord.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, pp. 623-635.

misma familia, cualquiera sea su forma jurídica, que es de propiedad, conducida o controlada por un grupo familiar que hace de ella su medio de sustento. La autora en cita señala que no es necesario que la familia haga de la actividad de la empresa su forma de vida, sino la fuente primordial de ingreso de sus miembros, aunque solo sea una de las maneras de obtener recursos; efectivamente, aunque los miembros tengan otras, v. g., ejercicio de una profesión liberal, trabajo dependiente en otra entidad, las características problemáticas y los beneficios típicos se presentan. De esta forma, la tipifica como aquella en que una parte esencial de su propiedad está en manos de una o varias familias, cuyos miembros intervienen de forma decisiva en la administración y dirección del negocio. Así existe una estrecha relación entre propiedad y gestión, entre la vida de la empresa y la vida de la familia. Esto alcanza a un pequeño emprendimiento o a una empresa de actividad internacional, siempre que se den estas características. Tampoco incide el tipo social adoptado, lo que la caracteriza es la cualidad de las personas que detentan la propiedad de derechos directos o indirectos (sociedades comerciales) sobre la riqueza, lo cual les confiere el poder de dirección; por lo que la familia ejerce un control de la empresa, algún miembro participa en la gestión, existe vocación de continuidad y permanencia en la propiedad y gestión de esta, incorporando a las siguientes generaciones. Destaca la autora que no se debe construir una empresa familiar con la intención que sea “el futuro refugio donde los miembros de la familia que estén menos capacitados” o un asilo de los no virtuosos, pues si esto ocurre, más allá de la falta de responsabilidad social de esta forma de pensar, puede verificarse el refrán “el abuelo la funda el nieto la funde”. Entre las fortalezas de este tipo de empresas se destacan: cierta comunidad de valores entre los miembros de la familia que permiten construir una cultura organizacional homogénea; el compromiso, que se supone mayor hasta por cuestiones afectivas y de futuro de las próximas generaciones; la lealtad, que puede ser decisiva en situaciones dificultosas; la estabilidad laboral y la facilidad para aceptar abatimientos de remuneraciones en tiempos de crisis. Como contrapartida presentan resistencia al ingreso de socios de terceros, que puede ser visto por algunos como un fracaso familiar, y la visión por parte de quienes siguen del que vende su participación como un desertor o aun, traidor; asimismo, el bajo valor de mercado de las participaciones, que serán minoritarias salvo que se trate de una alianza

estratégica entre familias o de una relación comercial sinérgica; las dificultades para que se realicen oportunamente los cambios, hoy día, casi continuos para mantener un emprendimiento exitoso, y finalmente, la falta de profesionalidad en la distribución de tareas y responsabilidades y la lucha de poder interno que esto puede comportar, verdaderamente, todos se consideran dueños y muchas veces cada uno genera su propio sistema de información y evalúa lo que hicieron los otros, en particular en las segundas generaciones, donde si se trata de hermanos, inciden otros aspectos ajenos a la disciplina del derecho. Otro aspecto relevado certeramente por Medina es la denominada “*confusión de caja*”, la utilización de los fondos para gastos extrasocietarios, compras familiares realizadas con fondos empresariales, la tolerancia o intolerancia y los reclamos o recriminaciones al respecto. Otra debilidad refiere a las remuneraciones, a la falta de evaluación de desempeño o hitos a cumplirse; muchas veces las retribuciones no son determinadas por las competencias, dedicación, capacidad, lo que puede desalentar a los más capaces y trabajadores de la familia al percibir que un “zascandil”, por el mero hecho de integrarla, percibe similar remuneración. En referencia a murmuraciones, chismes y ponderaciones sobre actos privados del familiar, rivalidades personales, celos y la influencia de familiares por afinidad, cuñados, yernos, nueras, estos pueden perjudicar el relacionamiento y con ello los resultados. En ese contexto, al argumentar sobre temas societarios a definirse, podrán aparecer falacias clásicas, v. g., *ad hominem*, *ad baculum*, entre otros.

Se percibe con lo que viene de describirse, la insuficiencia del contrato o estatuto social respecto a todas estas vicisitudes, la necesidad de regular estos aspectos a través de convenios de sindicación de socios o accionistas, en materia de sociedades, acceso y salida de los familiares al gobierno y a la propiedad de la empresa, sucesión, formación de los futuros directivos, fórmulas para la resolución de conflictos.⁶²⁷

Estos convenios de sindicación de socios o accionistas ingresan en una categoría denominada protocolo familiar. Tienen como objeto regular las relaciones económicas y profesionales entre los miembros de la familia que ostentan la condición de socios y la gestión y organización de la empresa, tendiendo a prevenir las eventuales incidencias que se produzcan en la familia, relacionadas con la unidad productiva. Varias definiciones podrían incluirse en el contrato o estatuto social, otras se mantendrán en el ámbito de un convenio de sindicación; sobre el objeto cabe remitirse a

⁶²⁷ Cabe remitirse además, *mutatis mutandi*, a lo señalado para las sociedades de profesionales (ver *supra* Capítulo quinto, 5.1.3, lit. E) al analizar el *tag-along right*.

lo expuesto en el Capítulo quinto. El tratarse de un convenio de sindicación deberá regularse los órganos o instancias de decisión adecuadas para la adopción de resoluciones. De los miembros se seguirá como principal criterio que sean personas trabajadoras, cumplidoras, en las que se pueda depositar confianza.

b.2) La regulación de los protocolos familiares en el Derecho español

En el Derecho español se prevé la publicidad de otros pactos parasociales, los protocolos familiares. Este negocio ingresa en la categoría pacto parasocial y por las materias reguladas, probablemente se trate de un convenio de sindicación, según fueran definidas (Capítulo 1, nal 1.4). Como tal supone una sociedad a la que accede, no regulándose en este sistema otro tipo de protocolos familiares, por ejemplo, otorgados en una empresa de un solo titular, donde trabaja su familia. Tipificado como pacto parasocial, convenio de sindicación, al protocolo familiar aplican todas las consideraciones dogmáticas efectuadas a lo largo de esta obra, en cuanto a la tipicidad de configuración, regulación, componentes personales del pacto, conexidad e incidencia en el plazo en ausencia de regulación que prevea plazo máximo, con las precisiones que aquí se desarrollan.

El RD 171/2007, según indica el art. 1, tiene por objeto la regulación de la publicidad de los protocolos familiares de las sociedades mercantiles no admitidas a cotización y especialmente el acceso al Registro Mercantil de estos.

El ámbito de aplicación queda circunscrito entonces a las sociedades no cotizadas. En el caso de sociedades cotizadas, si se celebrara un convenio de sindicación, que encarte en el tipo social “protocolo familiar” –literal c.1–, podrá ser pasible de publicidad si contiene regulaciones sobre el derecho de voto en la junta general de la sociedad o restringe o condiciona la libre transmisibilidad de las acciones (*vid. supra* literal b).⁶²⁸

⁶²⁸ Cfr. VALMAÑA CABANES, A., “El régimen jurídico del protocolo familiar”, *Tesis Doctoral*, Universitat Rovira – Virgili, Tarragona, 2013, p. 131, disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/292369/TESI.pdf?sequence=1>, consultado el 2 de julio de 2021. En ese mismo lugar, este autor señala como característica de los protocolos familiares que se trata de pactos parasociales en los que pueden intervenir terceros, lo que no estima de recibo para el género, posición que no es compartible (ver *supra* Capítulo cuarto, 4.1. e); MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 203; en contra, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El enforcement societario y registral

El RD solo habilita la publicación de un protocolo por sociedad, y sus posteriores modificaciones, lo que dice relación con el propio ámbito de eficacia material de la norma –*supra*, literal b– y es consistente con la previsión para sociedades no cotizadas, anónimas o de responsabilidad limitada (art. 2.2).⁶²⁹ Si una familia es titular de varias sociedades, deberá inscribir el protocolo para cada una de ellas.⁶³⁰

El art. 2.1 establece que se entiende por protocolo familiar el conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares respecto de una sociedad no cotizada en la que tengan un interés común, con el objetivo de lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad. Cabe puntualizar que ontológicamente, solo las personas físicas pueden tener vínculos familiares y consecuentemente otorgar el convenio. Se aprecia que entre los otorgantes puede haber familiares no socios. Es fácil de precisar quiénes son socios, no así quiénes tienen vínculos familiares.

Se ha tratado de determinar cuál es el alcance subjetivo de los protocolos familiares. Por un lado, hay quienes han postulado que para que sea posible la inscripción se requiere la unanimidad de los otorgantes. El registrador mercantil de Granada García Valdecasas ha abogado por esta solución, e indica: “Son aquellos suscritos por los fundadores de la sociedad en el momento de su constitución, o en un momento posterior pero siempre por unanimidad de todos los socios implicados, que son inscribibles en el Registro Mercantil por afectar a la estructura de la sociedad y que surten efectos frente a terceros”.⁶³¹ Sin embargo, la ley dice que podrá adoptarse uno por sociedad cotizada, no que todos los integrantes de la familia o de la sociedad deban comparecer.

de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, en *RDS*, N° 29, año 2007, p. 154.

⁶²⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El enforcement societario...”, *op. cit.*, p. 155, ha señalado que la solución legislativa no contempla la situación de una empresa familiar con dos ramas interesadas en regular sus relaciones por separado, lo que ha sido calificado por MARTÍNEZ ROSADO (*Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 204) de problema irresoluble. Sin embargo, el legislador puede tener en cuenta la necesidad de regular todos esos problemas en un único negocio, de forma que se preserve como interés superior el funcionamiento de la unidad de la actividad empresarial. En efecto, esos dos protocolos no resuelven el contexto de enfrentamiento entre esas dos ramas de la familia.

⁶³⁰ En contra, MARTÍNEZ ROSADO, J., para quien en el caso de publicación en página web se habilita la publicación de varios protocolos familiares. Ver *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 210.

⁶³¹ GARCÍA VALDECASAS BUTRÓN, J. A., “Resumen práctico sobre constancia en el Registro mercantil de los protocolos familiares según RD 171/2007, de 9 de febrero”, ap. 1.c), disponible en http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/resumenes/protocolos_familiares.htm, consultado el 3 de julio de 2021.

Otro aspecto que ha merecido análisis se refiere a si solo pueden otorgarlo los familiares. Isabel Rodríguez Díaz indica que en tanto haya vínculo familiar, sin importar el grado o el tipo, estos familiares, y solo ellos, podrán ser los otorgantes.⁶³² Otros han sostenido que además podrán ser otorgantes de un protocolo terceros, en tanto revistan la condición de socios o accionistas, así, en su obra monográfica al respecto, Valmaña Cabañes plantea como posible que “puedan adherirse al mismo terceras personas, ajenas a la familia, que suscriban acciones o participaciones de la empresa familiar, si bien será frecuente en estos casos que se requiera la autorización previa del Consejo de Familia”.⁶³³ Sin embargo, conforme con la definición legal, esto último no parece de recibo, en ese caso el convenio de sindicación que se otorgue no encarta dentro del subtipo previsto en el RD. Al concepto de vínculo familiar se le puede asignar significado desde dos perspectivas: una acudiendo a las normas en materia de Derecho de familia; otra con un concepto social de familia, concepto jurídico indeterminado que va variando en función del tiempo y la sociedad concreta en que se presenta, más amplio, pero no alcanza a los que no integrándolo, otorguen el negocio; puede alcanzar a hijos de crianza, personas que convivan por razones afectivas diversas, a las que se les dispense el trato de familiar. Se trata de un concepto dotado de vaguedad semántica, pero esto no ambienta ingresar como otorgante a un socio que no integra el grupo familiar.

A diferencia de lo que ocurre para las sociedades cotizadas, donde se encuentra involucrada la protección a los inversores por sociedades que captan ahorro público, en el ámbito de los protocolos familiares, la publicidad no es preceptiva ni incide en la eficacia de convenio de sindicación. Como se señaló en su momento y se verá en el Capítulo séptimo, en sistemas donde se prevé la inscripción haciendo oponibles los pactos parasociales celebrados por accionistas de sociedades anónimas, muchas veces los otorgantes son reticentes a inscribirlos, pues no les interesa ventilar sus cuitas; esto es entendible más aún si los titulares de la riqueza son familiares. Si voluntariamente se opta por publicar el protocolo familiar en los actos colectivos de la

⁶³² RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El protocolo familiar y su publicidad: de las iniciativas comunitaria y española al Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares”, en *Rev. Derecho Mercantil*, N°266, año 2007, pp. 1149-1150.

⁶³³ VALMAÑA CABANES, A., “El régimen jurídico del protocolo familiar”, *op. cit.*, p. 138.

asamblea –acuerdos de la junta– adoptados cumpliendo lo establecido en dicho convenio de sindicación, en la inscripción registral de cláusulas de escrituras públicas en ejecución del protocolo familiar, el registrador deberá hacer mención expresa de esta circunstancia, *ex art. 7*.

El art. 3 establece que el órgano de administración será el responsable de su publicación o no, en atención al interés social, disposición que resulta llamativa. Efectivamente, en otros sistemas los otorgantes definen si se registrará o no y si así lo definen, encomiendan a un notario la gestión en el propio documento. En esta regulación se requiere el consentimiento de los otorgantes, en tanto el documento probablemente contendrá datos confidenciales de estos, pero luego hay una ponderación por parte del órgano de administración, que es quien define “el interés social”, su contenido y en su caso si lo entiende apropiado procede a la inscripción. Esto trae consigo hasta la posibilidad de responsabilizar a los administradores en caso de que uno de los socios entienda que la inscripción no era apropiada conforme al interés social y conlleva ingresar en este ámbito el análisis de este polémico concepto.⁶³⁴ Esta situación se subsana definiendo en el propio convenio de sindicación “protocolo familiar”, si se acuerda o no la publicación de todo o parte del convenio. Probablemente una de las cláusulas que tendrá interés en publicar es la referida a las limitaciones a la transmisión de las acciones, en ese caso cabe retrotraerse a lo analizado en materia de pactos omnilaterales, señalando que no parece de recibo que, definido por los otorgantes que será publicada una parte o todo el protocolo, el administrador en quien por imperio de la ley recae la definición opte por no publicarlo. Obsérvese que en la forma en que se redacta el enunciado, la publicación o no resulta una competencia privativa del administrador, que debe efectuar bajo su responsabilidad una evaluación de conveniencia u oportunidad. Por otro lado, en caso que el protocolo incumba a varias sociedades familiares, cada administrador deberá decidir si lo publica o no, lo que se revela como una inconsistencia, esto más allá del poder en la familia, piénsese que se trata de dos familiares, uno administra una sociedad y otro otra, a uno ante cierta situación le parece bien la publicidad al otro no, etc. En estos supuestos o en otros es posible que se termine judicializando la situación que debió resumirse a un mero trámite luego que los sindicados otorgaban el negocio. ¿Cuál puede haber sido la razón de política legislativa? Puede relacionarse con el supuesto siguiente, *v. g.*, existen dos

⁶³⁴ Respecto al concepto de interés social, ver *supra* Capítulo cuarto, 5.2, B.2, v).

hermanos, con sus respectivas familias. La familia de uno otorga un protocolo familiar y quieren inscribirlo; el otro no comparte que se ventile la interna de su hermano, cuñada y sobrinos y por otra parte no le interesa otorgar uno en su familia y solo puede inscribirse uno por sociedad, entonces, decide no publicarlo. En ese caso podrá acudir a la justicia solicitando la publicación –ejecución forzada específica– o reclamar los daños que la no publicación pudiera generar, según lo dispuesto en el art. 236 de la LSC.⁶³⁵ El legislador tuvo presente esta posibilidad en la exposición de motivos del RD, indicando que el acceso al Registro Mercantil del protocolo se produce: i) a instancia del órgano de administración de las sociedades; y ii) bajo su responsabilidad, y alude expresamente a que esto es *“sin perjuicio del recurso de estos a la autoridad judicial el supuesto de que no se halle autorizada su publicidad y se discuta su interés de la publicación”*.

En la dogmática española esta definición legislativa ha generado distintas valoraciones. Así, Viera González, profesor de la universidad Rey Juan Carlos, entiende que la solución legislativa es inaceptable, y vincula el tema con la relatividad de los contratos, señalando que los administradores de la sociedad pueden o no ser parte del pacto. Cabe preguntarse si la ponderación la hace el administrador individualmente considerado o si la hace la sociedad y se asigna esa competencia al administrador. Apunta Martínez Rosado que el convenio de sindicación es un negocio conexo al contrato social y por tanto no es compatible, calificar de inaceptable la solución legislativa. Para arribar a esta conclusión debemos asumir que quien define si se inscribe o no el convenio es la sociedad. Partiendo de este supuesto, en cuanto a que es la sociedad, actuando a través de su administrador y sin perjuicio de la responsabilidad de este en el ejercicio de su cargo, quien resuelve si se da publicidad o no al protocolo, se puede señalar que es el legislador quien define si la decisión de inscripción incumbe a los otorgantes o a la sociedad, y esto no es de por sí inaceptable, lo que resulta llamativo es el órgano al que le encarga precisar si es apropiado o no al interés social la inscripción. Al haber optado el legislador español porque sea la sociedad la que lo

⁶³⁵ Sobre responsabilidad de los administradores, al concepto de interés social, ver *supra* Capítulo cuarto, 5.2, B.2, v).

definiera, debió haberlo encomendado al órgano de gobierno. Claro, esta conclusión puede variar en función del concepto que se tenga respecto al interés social.⁶³⁶

En nada se relaciona este asunto con lo dispuesto por el art. 532 de la LSC, que confiere legitimación a los otorgantes para comunicarlo a la sociedad, a la CNMV y depositarlos en el Registro Mercantil. En esta norma lo tutelado fundamentalmente es el interés de los posibles inversores, y la situación de los otorgantes refiere a una carga, pues la inscripción es un requisito legal de eficacia del negocio.

En el inciso segundo se establece que la publicación que puede realizarse en la web de la sociedad o en el Registro Mercantil se ajustará en todo caso a la normativa que sobre protección de datos personales establece la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y legislación complementaria, de forma que al momento de la celebración, razones de buena práctica imponen definir si se publicitará y en ese caso, que los otorgantes brinden la autorización. Asimismo, para evitar ingresar en la situación descrita, resulta de buena práctica que comparezca el administrador y diga lo que tenga que expresar en la instancia. Si entiende que es contrario el pacto al interés social, deberá hacer conocer las razones por las que lo sostiene y si entiende que se ajusta, comparecerá para indicar que presente el administrador o administradores, entienden ajustado lo regulado al interés social y asumen a nivel de resultado la obligación de inscribirlo. Parece una buena práctica tendiente a evitar lo que justamente el protocolo familiar busca evitar, de prohibirse este criterio, desde el momento del perfeccionamiento del convenio de sindicación –pacto parasocial– deben definir los pactantes si se inscribirá o se pretende dejar en reserva. El inciso tercero establece que deberán inscribirse las modificaciones; de no hacerse se estará a lo que surja del convenio publicado. Para precisar qué comporta esto debe determinarse qué efectos tiene la publicidad que puede realizarse.

Dicha publicidad puede ser efectuada en el *sitio web de la sociedad* cuyo dominio o dirección de internet conste en el Registro Mercantil, conforme con lo previsto en el art. 9 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y de Comercio Electrónico, a través del Registro Mercantil. Ahora bien, el art. 4 de la Ley 56/2007 dispuso en su inciso tercero: “*Se suprime el artículo 9, sobre constancia registral del nombre de dominio, que queda sin contenido*”. Esto podría

⁶³⁶ VIERA GONZÁLEZ, J.A., “Algunas reflexiones sobre el proyecto de Real Decreto regulador de la publicidad de los protocolos familiares y la empresa familiar”, en *RDS*, N° 26 (1- 2006), p. 152; MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., p. 207, n. 39.

plantear un problema teórico significativo, respecto a si sigue vigente esa posibilidad de inscripción. En efecto, no existe un sitio web – nombre de dominio – en el registro, la ley considera un medio hábil la publicidad realizada en el sitio web registrado. Entonces, es posible preguntarse si sigue siendo hábil la publicidad por esta vía; el análisis teórico del asunto se sitúa en terrenos de la teoría general y por tanto excede los límites del presente.⁶³⁷ Posteriormente, el art. 1.1 de la Ley 25/2011 añadió a la LSC, el inciso 11-bis, por el que se regula la página web de la sociedad. En este se indica que las sociedades de capital podrán tener una página web corporativa, cuya creación deberá acordarse por la junta general de la sociedad. Dicha creación deberá figurar expresamente en el orden del día de la reunión. La importancia de dicho medio de comunicación se evidencia en el órgano que debe disponer la creación, que no puede tratarse como un asunto vario, si bien se establece que, salvo disposición estatutaria en contrario, la modificación, el traslado o la supresión de la página web de la sociedad será competencia del órgano de administración. Ese acuerdo, a su vez, se hará constar en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil competente y será publicado en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y el acuerdo de modificación, de traslado o de supresión de la página web se hará constar en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil competente y será publicado en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, así como en la propia página web que se ha acordado modificar, trasladar o suprimir durante los treinta días siguientes, a contar desde la inserción del acuerdo. Ese mismo inciso establece que hasta que la publicación de la página web en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* tenga lugar, las inserciones que realice la sociedad en la página web no tendrán efectos jurídicos. De esta forma podría sostenerse la vigencia de lo dispuesto, considerando ahora esa regulación de esta página web. De sostenerse entonces la vigencia de este mecanismo de publicidad, solo aplicará si se realiza en la página web creada de esta forma, no en una que pudiese tener la compañía por razones comerciales.⁶³⁸ Este modo de publicidad, paradójicamente ha sido denominado como privado por la dogmática. Sin embargo, ese significante, atinente a que no se torna público a través de una dependencia estatal, no hace variar los efectos de la publicidad.

⁶³⁷ Respecto a la derogación puede consultarse AGUILÓ REGLA, J., “Derogación, rechazo y sistema jurídico”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 11, 1992, pp. 263-280, disponible on line en *Doxa*.

⁶³⁸ En contra, MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., p. 209.

Otra alternativa, como señala el registrador García Valdecasas Butrón, es hacer constar en la hoja abierta a la sociedad la simple existencia de un protocolo familiar, pero no su contenido; si constare en escritura pública, se indicará el notario, el lugar, la fecha y el número de protocolo, y el asiento si el protocolo es accesible en la web de la sociedad. Deberá controlarse la voluntad del órgano de administración con firmas legitimadas. En ese caso, la calificación registral se limita a que la instancia esté suscrita por persona con facultad certificante, que su firma haya sido legitimada, que no existe publicado otro protocolo anterior y si se indica que consta en la web de la sociedad, se comprobará la efectiva inserción en ella. Si con posterioridad se retira de la web o se suprime su publicidad, es responsabilidad del órgano de administración. Respecto al protocolo no extendido en documento público bastará con indicar que consta en documento privado, su fecha y lugar en que este se suscribió. Se aprecia que tal como reza el propio RD, no hay un control de contenido.⁶³⁹

La siguiente variante de publicidad consiste en la inclusión de copia o testimonio total o parcial de un *documento público* donde conste el protocolo, el cual el órgano de administración acompañará *al depositar las cuentas anuales*. Con esta mención se refiere a lo que surge del estado de situación patrimonial y al estado de resultados del ejercicio económico de que se trate. En ese caso se debe presentar copia o testimonio del documento público en que conste el protocolo familiar, sin necesidad que la firma sea legitimada. En ninguna de las variantes analizadas debe incluirse en el *Boletín del Registro Mercantil* por no haber norma que así lo imponga. En la doctrina española, Fernández del Pozo ha sostenido que si bien se indica pública en el art. 6 del RD, que es el que regula esta forma de inscripción, el protocolo familiar puede otorgarse en documento privado, pues se trata de un depósito registral, calificando de lectura superficial de ese artículo el apreciar que indica pública. Entonces, desde esa lectura, la forma podría ser pública o privada. Mas allá de lo que surge de la literalidad del enunciado, salvo en el caso de la inscripción de cláusulas de acuerdo con el art. 7 del Real Decreto, que si es una inscripción propiamente dicha donde debería ser pública. Sin embargo, esto podría sostenerse, solamente, en caso de verificarse una disyunción exclusiva en que ninguno de los términos soluciona el problema, pues cualquier solución implica desconocer uno de los enunciados, solo entonces puede optarse por uno de ellos, por ejemplo, si otra norma dijera que puede otorgarse en documento

⁶³⁹ GARCÍA VALDECASAS BUTRÓN, J. A., “Resumen práctico sobre constancia en el Registro mercantil...”, *op. cit.*

privado.⁶⁴⁰ El negocio con carácter general no está sometido a la solemnidad de otorgamiento en escritura pública. Sin embargo, esta es la única forma en que podrá acceder al registro por esta vía. Para realizar una *interpretatio abrogans* de un enunciado normativo de ese tipo deberían encontrarse otras normas que digan lo contrario; solo a partir de una situación de disyunción exclusiva, podría elegirse otra norma, contradictoria con esta, y desatender su significado, por lo que la forma es el documento público.⁶⁴¹ Esta forma de publicidad tiene una oportunidad determinada, debe realizarse juntamente con la presentación de las cuentas anuales. La publicidad puede efectuarse en cualquier momento, pero por las otras vías previstas en el RD, la norma extraíble de estos enunciados no presenta, a mi juicio, hesitación posible respecto al momento en que puede optarse por este tipo de publicidad.⁶⁴²

Un aspecto a analizar es si el registrador debe analizar lo regulado en el documento que se presenta a inscripción. Valmaña Cabanes ha señalado al respecto que el protocolo (o parte del mismo) será objeto de depósito en el Registro y de calificación formal por parte del registrador, sin que éste, entre a analizar su legalidad. Agrega que se trata de la misma calificación formal prevista para las cuentas anuales, por el art. 280 –*mutatis mutandi*– a los estados contables; el Registro no da certeza de los datos que contienen, por lo que el concepto de oponibilidad no aplica en ese caso.⁶⁴³ Sin embargo, la oportunidad en que se deben presentar los protocolos no debe incidir para determinar el régimen jurídico aplicable a su inscripción. En nada se relaciona el protocolo familiar con las cuentas anuales, más allá de que en cierto momento se deben presentar los estados contables y el legislador habilitó que en ese momento se pudiera inscribir el protocolo familiar otorgado. Situándonos en la

⁶⁴⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El enforcement societario...”, *op. cit.*, p. 152.

⁶⁴¹ Sobre el concepto de Disyunción, COPI I., M. – COHEN, C., *Introducción a la Lógica*, Ed. Limusa, México, 1997, p. 327. Cfr., por otros fundamentos, Martínez Rosado, quien hace caudal de que “principalmente [...] el depósito del protocolo familiar produce o puede producir ciertos efectos frente a la misma sociedad, con lo que la exigencia de documento público (de la copia o testimonio del mismo para su depósito) cobra pleno sentido como medio para dar seguridad a las partes y a la propia sociedad. Y por último, porque mientras las cuentas anuales son formuladas por el órgano de administración, el protocolo familiar lo es por los socios y, en su caso, terceros pertenecientes al núcleo familiar, lo que hace conveniente que su constancia en el Registro Mercantil –aunque sea a ‘título’ de depósito, debe insistirse– lo sea en virtud de documento público”. MARTÍNEZ RODADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 213.

⁶⁴² En contra, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *op. ult. cit.*, p. 165, y MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 214.

⁶⁴³ VALMAÑA CABANES, A., “El régimen jurídico del protocolo familiar”, *op. cit.*, p. 392 y n. 1742.

tipificación de cada acto, la aprobación de los estados contables por la junta no la erige en obra de esta: tal función compete al órgano de administración, y su responsabilidad no se transfiere a la Asamblea por efecto de aquella. Su aprobación no constituye una declaración de voluntad, sino de verdad meramente reproductiva de elementos contables. Es un acto social interno, carente de efectos para terceros, ni siquiera como elemento probatorio de sus acreencias, y solo es atributivo de derechos respecto de los asociados, en lo tocante a los dividendos; es una declaración de verdad o constatación, se constata una situación objetiva.⁶⁴⁴ El pacto parasocial, convenio de sindicación, tipificado como protocolo familiar, es un negocio jurídico, otorgado por los socios, personas físicas, pues deben ser familiares y en cuanto a su tipicidad de configuración y regulación devienen aplicables todas las consideraciones formuladas en los Capítulos segundo al cuarto; la oportunidad de presentación no impacta en absoluto en el tipo de negocio ni en la labor del registrador.

Además de controlar aspectos formales del documento público, en el que debe otorgarse por expresa disposición legal, los referidos a la identidad de los otorgantes, su consentimiento para ventilar sus datos personales, que no exista publicado otro protocolo anterior; en este caso, el registrador ingresa en cuestiones de fondo, y debe evaluar si el convenio de sindicación se ajusta a la legislación civil y no vulnera las normas societarias que limiten la autonomía privada. Respecto a cuándo y cuánto está limitada la autonomía privada cabe remitirse a lo analizado en los Capítulos tercero y cuarto. Interesa destacar los límites de dicho control, en este sentido, señala el registrador Valdecasas Burtón que el registro se limitará a comprobar que no infringe de forma clara, ostensible, ningún precepto de carácter imperativo, a este respecto cabe remitirse a lo señalado en el Capítulo quinto, 5.1.2 B.1.⁶⁴⁵ El pacto parasocial no pierde la calidad de tal por su publicación, y su contenido podrá variar las conductas debidas, conforme establece el estatuto, siempre dentro de los marcos de la autonomía privada.⁶⁴⁶

⁶⁴⁴ Sobre el concepto de declaración de voluntad y de verdad en referencia al voto, ALBORCH BATALLER, C., *El Derecho de voto de los accionistas*, Madrid, 1977, p. 107.

⁶⁴⁵ GARCÍA VALDECASAS BUTRÓN, J. A., “Resumen práctico sobre constancia en el Registro mercantil...”, *op. cit.*

⁶⁴⁶ Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El enforcement societario...”, *op. cit.*, pp. 170 y 183. En contra, MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 216, para quien “supondría introducir una disfunción en el Registro Mercantil: existirían dos documentos en el mismo Registro –creado, a mayor abundamiento, para ofrecer seguridad jurídica, tanto a expertos como a legos en derecho– con contenidos contradictorios”. Sin embargo, así se aporta seguridad jurídica; efectivamente, el tercero, doctrinado o neófito en temas jurídicos, conoce de esta forma realidades que le ayudan a tomar decisiones con información suficiente, clara y veraz. A su vez, también ayuda a que el conocedor de la existencia de ese

Esto no supone ninguna contradicción ni disfunción, por el contrario, constituye una forma de información a los terceros. Así, por ejemplo, si en el estatuto se establece que para adoptar una resolución se requiere mayoría absoluta de asistentes a la junta y en el protocolo que solo se podrá adoptar si cuenta con dos tercios de votos de los accionistas, y el informe favorable previo de una tía de los accionistas, que no es accionista pero es el CEO de la compañía y fue la mano derecha del fundador, se sabrá que solo de esa forma si en el sindicato familiar se sigue ese camino, la decisión podrá ser adoptada aportando transparencia a los terceros. El protocolo informa sobre cómo se procesará la voluntad en la interna de la compañía; lo mismo ocurre respecto a la transmisión de las acciones, si en el protocolo se establecen opciones de compra a favor de los familiares, derechos de arrastre o acompañamiento, el tercero podrá saber *ex ante* cuál es la regulación cabal y completa de la interna societaria.

En ese sentido, es dable descartar la observación que formula prestigiosa doctrina española respecto a la afectación a la organización de la sociedad que podría suponer,⁶⁴⁷ establecer instancias de resolución en el convenio de sindicación. Por definición en esa instancia se tomarán las decisiones y luego, consecuentemente con lo resuelto allí, se adoptarán otras en la sociedad, y esto alcanza a la junta sin dudas, si es que como lo ha admitido de larga data la doctrina se asume la licitud de los pactos sobre el voto. No resulta consistente admitir la licitud de este tipo de estipulaciones, pero cuando se registran, vetar por un acto ajeno al negocio ese tipo de contenidos, obsérvese que la validez o nulidad del negocio debe evaluarse al momento de su perfeccionamiento, si es válido y eficaz y el legislador admite su inscripción, podrá inscribirse, si se entiende que es nulo, lo será tanto si no se inscribe como si se inscribe. A esto podrá replicarse que será válido, pero para poder ser inscribible ciertos contenidos están vedados, sin embargo, para poder sustentar este criterio debería

negocio jurídico que actúa de mala fe no pueda parapetar su incumplimiento del deber genérico de no dañar en la ignorancia de lo dispuesto en el protocolo familiar.

⁶⁴⁷MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., p. 216, citando a VIERA, J. A., “Empresa y protocolo familiar, ¿un problema de política legislativa?”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal – Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, p. 1689. Para este último autor, el Consejo de Familia –órgano con tipicidad social en la regulación de los protocolos de familia– solo puede tener funciones consultivas. Sin embargo, deben distinguirse los ámbitos, a la interna de la sindicación de familia tendrá las funciones que el contrato constitutivo protocolo familiar le confiera; en la estructura de la sociedad, cualquier otro sujeto ajeno a los órganos sociales podrá opinar.

indicarse cuál es la norma que restringe la posibilidad de registro o que exige cierto contenido. Podría señalarse que la estructura orgánica de la sociedad responde a normas imperativas, es cierto, pero ello es irrelevante a los efectos que ahora se analizan, pues lo que se regula en el pacto parasocial es cómo se van a relacionar los protagonistas y qué límites se imponen para expresar su voluntad en los respectivos órganos sociales. Podrían en la intimidad decidir echarlo a suertes, si la suerte resultara en una resolución ajustada a Derecho, no cabría convocarles responsabilidad alguna por lo decidido; si en cambio, una ponderación en solitario y sin dar cumplimiento a ninguna resolución de ningún sindicato resultara nefanda, podría convocarse su responsabilidad civil. Respecto a los pactos vinculados al directorio –consejo de administración– se ha presentado polémica. Cabe remitirse a lo desarrollado antes, en cuanto a con qué regla los pactos son válidos, resolviendo la cuestión en los límites a la autonomía privada. En cuanto a su contenido, no resulta de recibo expedirse “ex ante” en torno a la ilicitud del convenio de sindicación, por el mero hecho de que participe en él un administrador o director, sino que la legitimidad de cada decisión deberá evaluarse *ex post facto*.⁶⁴⁸ La respuesta del ordenamiento, para el caso de obrar desajustado a Derecho, transita por la responsabilidad civil de los administradores o directores si correspondiere. En relación con el asiento a efectuarse, no le es aplicable la norma del art. 377 de la RRM, que limita la obligación por parte del registrador, de la conservación de cuentas anuales a seis años; en efecto mientras esté vigente debe estar registrado. En torno a la publicación en el BORME, esta no se encuentra prevista.⁶⁴⁹

Cabe determinar ahora cuáles son los efectos de la publicidad. El haber colocado al Derecho español junto al Derecho argentino hace percibir que de la inscripción no surge la oponibilidad de los pactos inscriptos, se trata de una mera publicidad noticia.

Para que otro efecto tuviera la publicidad debería indicarse por el legislador. Así, en el Derecho uruguayo, se establece impropriamente, pues se alude a oponibilidad; se indica; “*estos convenios no tendrán efecto frente a terceros excepto cuando[...]*”; en el Derecho brasileño: “*obrigações ou ônus decorrentes desses acordos*

⁶⁴⁸ AMORÍN, M., *Convenios de Sindicación...*, op. cit., p. 70, ver *supra* Capítulo cuarto, 4.1 g).

⁶⁴⁹ Cfr. GARCÍA VALDECASAS BUTRÓN, J. A., “Resumen práctico sobre constancia en el Registro mercantil...”, op. cit. El registrador sostiene que en el BORME debería dejarse constancia qué depósito de cuentas efectuado tiene adjunto un protocolo familiar.

somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos”.

Las consecuencias de la existencia de tal tipo de publicidad respecto de terceros, son las que relevamos para los pactos parasociales cuya inscripción es preceptiva, celebrados en las sociedades cotizadas, y dicen relación con la mala fe de los terceros que colaboren en el incumplimiento de las obligaciones emergentes del pacto. Si uno de los socios otorgantes transfiere a terceros las acciones o participaciones sociales, sin seguir lo pautado en el acuerdo, que en caso que se pretenda que estas no salgan de la familia se estructurará con disposiciones de opciones a favor de los familiares, o de algunos o en cualquiera de las formas analizadas en sede de objeto – Capítulo cuarto–.

En cuanto a la incidencia de la inscripción, respecto a la vida societaria, son de recibo los argumentos del Tribunal Supremo expuestos en sentencia del 20 de febrero de 2020. En lo referido a la publicidad que ahora analizamos, establece una diferencia entre los efectos de la publicidad de los protocolos en sí, objeto de estudio en este literal, y la de los acuerdos de las juntas, que analizamos en el numeral siguiente, adoptados en cumplimiento de lo dispuesto en el pacto parasocial e inscriptos en tanto tales, resoluciones del órgano de gobierno; diferencia que también parece prohijar la RDGRN.⁶⁵⁰

⁶⁵⁰ Señala la sentencia: “*Tampoco consta que se les haya atribuido eficacia ‘ad extra’ mediante su publicidad a través del Registro Mercantil. Publicidad, limitada en el caso de la prevista en los arts. 5 y 6 del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, y plena en el supuesto contemplado en el art. 7 de este último, esto es, respecto de los acuerdos sociales inscribibles que se hayan adoptado en ejecución de un protocolo familiar publicado, en cuyo caso ‘en la inscripción se deberá hacer mención expresa de esta circunstancia, previa su calificación por el Registrador, y así lo hará constar también la denominación de la escritura pública’*”. Por ejemplo, en el caso de la previsión estatutaria sobre prestación accesorio, consistente en la obligación de cumplir un concreto protocolo familiar con un determinado contenido (arts. 21 C.Com, 86 a 89 de la LSC, y 7 y 187.1 RRM)” (destaque en negritas nuestro). Por resolución del 30 de setiembre de 2008 había calificado esta forma de publicidad con efectos de noticia, y diez años después revoca una resolución de un registrador, con base en la fundada exposición del recurrente, resolución de 26 de junio de 2018 (BOE del 10 de julio de 2008), en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil III de Valencia a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada. En la oportunidad, el recurrente don Javier Máximo Juárez González, Notario de Valencia, en lo que ahora interesa certeramente expresa: “De acuerdo al Real Decreto 171/2007 resulta que la publicidad del protocolo familiar como tal es siempre voluntaria y puede consistir tanto mediante su anuncio o publicación en la web de la sociedad (art. 4), por constancia en el registro mercantil de la simple existencia de un protocolo familiar (art. 5) y por depósito en el registro mercantil al depositar las cuentas anuales de testimonio total o parcial del documento público en que conste el protocolo familiar (art. 6). En los supuestos de acceso al registro mercantil, en

El mismo fallo alude a la respuesta coactiva desfavorable en caso de incumplimiento de los pactos parasociales, señalando: *“El art. 114.2.a) del Reglamento del Registro Mercantil da cobertura a la posibilidad de que tales pactos protocolares puedan gozar de eficacia en el ámbito corporativo de la sociedad anónima a través de la inscripción de “cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares”. Además, como señala la Resolución DGRN de 26 de junio de 2018: “en el ámbito doctrinal, se admite que la eficacia de los pactos parasociales y, en concreto de los protocolos familiares, se asegure frente a la sociedad y los terceros, en el ámbito del ordenamiento corporativo, mediante determinados remedios estatutarios, uno de los cuales es [...] la configuración de la obligación de cumplir el protocolo familiar como una prestación accesorio, de modo que su incumplimiento se sancione con la exclusión del socio incumplidor”. Ahora bien, esta validez y eficacia de los pactos parasociales incluidos en un protocolo familiar está condicionada al respecto de ciertos límites legales. En concreto, la sentencia 616/2012, de 23 de octubre, precisó que estos pactos, en lo referente a su validez, “no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias –de ahí gran parte de su utilidad– sino a los límites previstos en el artículo 1255 del Código Civil”.*

La posibilidad de pactar en el contrato social consecuencias ante el incumplimiento de ciertas prestaciones, entre ellas lo que surge del protocolo familiar, no se relaciona con los efectos de la publicidad. Se volverá sobre estos remedios ante el incumplimiento al analizar la responsabilidad civil por incumplimiento de las obligaciones que surgen del pacto y los posibles remedios.

Respecto a la impugnación de resoluciones sociales con base en el incumplimiento del protocolo inscripto, este no resulta oponible a la sociedad, y hemos sostenido que no tiene por qué otorgarse por todos los socios; de allí que no resulte posible, a diferencia de lo que ocurre con los ordenamientos que analizamos en el capítulo siguiente, donde sí es oponible la impugnación de lo resuelto en el ámbito

todo caso voluntaria, en ningún caso su contenido queda amparado por los principios registrales de legitimación, fe pública registral y oponibilidad respecto de terceros: estamos ante una simple noticia y/o depósito total o parcial meramente voluntario no amparado por la publicidad material. Y todo ello, sin perjuicio que: ... Junto a dicha publicidad voluntaria y de alcance limitado, se prevea expresamente la inscripción ordinaria y con todos los efectos registrales de acuerdos sociales inscribibles, cuya única especialidad es que los mismos se han adoptado en ejecución de un protocolo familiar (art. 7)”.

socialde ese modo en el Derecho español, esto es, con única base en el incumplimiento de lo dispuesto en el protocolo familiar inscripto, sí con base en otras construcciones dogmáticas.⁶⁵¹

b.3) Acuerdos sociales inscribibles adoptados en ejecución de un protocolo familiar

El protocolo familiar requiere muchas veces, para la concreción de lo pretendido, la concreción de otros negocios, y a partir de allí se compara con una caja de herramientas. Se dice que es negocio incompleto, que se complementa con otro tipo de negocios, convenciones –capitulaciones matrimoniales, negocios de determinación, contratos- negocios unilaterales –renuncia, testamento–⁶⁵² y actos complejos –

⁶⁵¹ Así, el ST en sentencia parcialmente transcrita en la nota anterior expresa: “Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la intervención, cuando proceda, de las limitaciones que a la validez y eficacia de los referidos acuerdos sociales suponen las exigencias derivadas de la buena fe y del abuso del derecho. Por ello, algunas sentencias anteriores tuvieron en cuenta las particularidades que presentaba el caso enjuiciado para aplicar alguna de las cláusulas generales que sirven para evitar que la mera aplicación de ciertas reglas concretas del ordenamiento pueda llevar a un resultado que repugne al más elemental sentido jurídico. Ahora bien, estos mecanismos (la buena fe, en sus distintas manifestaciones –actos propios, levantamiento del velo, el abuso del derecho) no pueden utilizarse de una forma injustificada, sino que ha de atenderse a la función que desempeñan en el ordenamiento jurídico. Así ocurrió en el caso resuelto por la sentencia 103/2016, de 25 de febrero, que no consistía en la impugnación de un acuerdo social por ser contrario a un pacto parasocial, sino precisamente en el supuesto inverso: con la adopción de los acuerdos sociales impugnados se daba cumplimiento a un acuerdo parasocial, omnilateral, consistente en que el titular de ciertas acciones y participaciones sociales en sendas sociedades al transmitirlos a sus hijos se reservaba no solo el usufructo vitalicio sobre las mismas sino también el derecho de voto derivado de dichas acciones y participaciones sociales, y en el cómputo de votos para la aprobación de los acuerdos se tuvo en cuenta el voto emitido por dicho usufructuario. La impugnación se basaba en que dichos pactos parasociales no se recogieron en los estatutos sociales, estatutos que seguían previendo que en caso de usufructo de participaciones la cualidad de socio (y por tanto el derecho de voto) reside en el nudo propietario (en el caso de la sociedad anónima los estatutos no contenían previsión alguna, por lo que resultaba aplicable el régimen del actual art. 127.1 TRLSC).

Ante la contradicción entre la regulación propia del pacto parasocial y la del régimen estatutario esta Sala tomó en consideración las circunstancias concurrentes y concluyó que la impugnación de los acuerdos sociales resultaba contraria a las exigencias de la buena fe e incurría en abuso de derecho, entendiendo que quienes, junto con el demandante, fueron parte este pacto parasocial omnilateral y constituyen el único sustrato personal de las sociedades, podían confiar legítimamente en que la conducta del demandante se ajustara a la reglamentación establecida en el pacto parasocial”.

⁶⁵² Valmaña Cabanes expresa: “El protocolo debe concebirse, con una metáfora cuya autoría corresponde a Gomá Lanzón, como una ‘caja de herramientas’, es decir, un instrumento que pueda servir de base a los demás, que pueda dibujar las líneas maestras que todos los documentos vinculantes relacionados con la empresa familiar deban seguir, pero siendo importante tener en cuenta que el protocolo no es a día de hoy una herramienta en sí mismo, sino la caja que permite contener aquellos documentos que sí lo son (capitulaciones matrimoniales, testamentos, estatutos sociales) porque gozan de la eficacia jurídica necesaria. Se destaca por este motivo que el protocolo ‘tiene una autosuficiencia relativa’, necesitando por ello ser desarrollado mediante otros documentos que doten de mayor eficacia a lo que, en su

resoluciones de los órganos sociales-. Los protocolos familiares son un tipo de convenio de sindicación que se acerca a un contrato marco. Se trata de pactos parasociales que a la vez que crean obligaciones, v. g., respecto a limitaciones para la transmisión de las acciones, establecen grandes líneas de lo pretendido por la familia en su relación con la empresa, dejando su concreción a otros negocios, que realizarán en el futuro la precisión y ejecución de lo regulado. Esto sin perjuicio de la adopción de acuerdos sociales, necesarios para la consecución de la finalidad pretendida, que constituyen actos colectivos y no convenciones. El art. 7 del RD 171/2007 regula la situación siguiente: dentro de los acuerdos sociales inscribibles –resoluciones de la asamblea de socios o accionistas– puede que algunos de ellos se hayan adoptado en ejecución de un protocolo familiar. Si así fuera, debe dejarse constancia en la escritura que debe recogerlo y si ese protocolo familiar estaba publicado, al inscribir el acuerdo social –resolución– el registrador deberá calificar el acuerdo social y deberá hacer mención expresa de esta circunstancia. En la calificación, el protocolo en cuyo cumplimiento se celebra el acuerdo servirá para ilustrar al registrador la finalidad perseguida por los socios familiares. Respecto al protocolo podrán darse dos situaciones: o ya fue calificado, por ejemplo, si estaba depositado; o si es la primera vez que se aprecia por el registrador, y este debe calificar el acuerdo social, deberá, aunque parezca de evidente, calificar a este último y el protocolo solo servirá para ilustrarlo.⁶⁵³

Respecto al asiento no presenta otras particularidades. Si se refiere a la modificación del estatuto, deberá hacerse en escritura pública; si se refiere a nombramientos, habrá de efectuarse en la forma prevista en el art.; y si afecta a nombramientos, se hará por los títulos admitidos en el art. 142 del RRM. En este caso, el acuerdo social se inscribe, no se trata, como en el caso de los protocolos familiares, de una publicidad noticia, sino de una inscripción registral; para proceder a realizarla el registrador seguirá las reglas del art. 18 del CCyCo español. Esta publicidad hace oponible a terceros el acuerdo social pasible de inscripción, no el convenio de sindicación celebrado por los familiares. Cuando se adopta la resolución –acuerdo–, se podrá dejar constancia de que se otorga en cumplimiento del protocolo, esto no es preceptivo, tampoco corresponde al registrador analizar, si nada se dice, si habiéndose

concepción inicial, es un documento jurídicamente incompleto. Asimismo, como acuerdo marco, será la norma de referencia a la que deberán ajustarse todos los demás pactos o negocios jurídicos que tengan una finalidad mucho más concreta”. Vid. VALMAÑA CABANES, A., “El régimen jurídico del protocolo familiar”, *op. cit.*, pp. 205-206.

⁶⁵³ GARCÍA VALDECASAS BUTRÓN, J. A., “Resumen práctico sobre constancia en el Registro mercantil...”, *op. cit.*, ap. 3, lit. d).

inscripto un protocolo, el negocio que se le presenta a inscribir se ha otorgado en cumplimiento de dicho protocolo.

La regulación del art. 7 no distingue respecto a si solo procede esta inscripción cuando la publicidad ventila el contenido del acuerdo –página web, depósito– o cuando solo se hace referencia al mismo en la hoja abierta de la sociedad, por lo que el acuerdo adoptado en cumplimiento de un protocolo familiar es inscribible con tal constancia, cualquiera hubiera sido la forma de publicidad elegida, donde no distingue la ley, no debe hacerlo el intérprete.⁶⁵⁴ Obsérvese que la inscripción lo que hace oponible a terceros es el acuerdo adoptado y no el protocolo familiar, que como se señaló, solo está noticiado a los terceros por la forma de publicidad elegida. En cada caso el tercero, respecto a la publicidad noticia, consultará al registro, a la página web y luego averiguará el contenido del protocolo familiar, que en tanto publicitado ya no le será indiferente, con las consecuencias de colocarlo en situación de mala fe si hace un uso antifuncional de esos hechos, datos o circunstancias.

Pero respecto al acuerdo social, es inscribible en tanto tal y la referencia al protocolo familiar dice relación con la asignación de significado, con la interpretación y percepción global del fenómeno.

Efectivamente, si se trasciende el significado individual de los negocios, permitiría la metáfora de la granada, “fruta integrada por pequeños frutos”; un sistema con sentido propio, que está más allá del valor semántico de los eslabones que los configuran tiene un significado netamente discursivo por sobre el valor de los componentes específicos coligados. Esto resulta decisivo para conducir la asignación de significado a la construcción de las normas que emanan del sistema creado para la comprensión e internalización de los tipos contractuales individualmente considerados, pues la percepción del resultado final de la coligación por sobre la percepción de los elementos que la conforman está dada por el particular orden secuencial de sus componentes individuales. Así, si bien cada negocio mantiene su significado particular en tanto sea conceptualizado en su individualidad, el sistema

⁶⁵⁴ En contra, VALMAÑA CABAÑES, A., “El régimen jurídico del protocolo familiar”, *op. cit.*, p. 405, quien expresa: “Ello será así porque la presentación del protocolo, a estos efectos, deberá haberse hecho por cualquiera de las vías previstas en los artículos 5 y 6 del RD, si bien en ambos casos tendrá que haberse realizado mediante el depósito del protocolo, a fin de que conste su contenido, a pesar de lo permitido en sentido contrario por el artículo 5.2”. Cfr. MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 218.

asume un contenido de significación, diferente al de los signos singularmente considerados si es abordado como composición estructurada sobre la ordenación secuencial organizada por el protocolo.⁶⁵⁵

Por otro lado, el art. 7 condiciona la inscripción a la previa calificación por el registrador, pero tampoco especifica los extremos a los que deberá referirse la labor calificadora. Obviamente no será necesario realizar esta calificación cuando el protocolo hubiera sido previamente depositado, precisamente por haber sido calificado ya (calificación impuesta, como vimos, por el art. 6 del RD). Por otra parte, deberá el registrador corroborar que, efectivamente, el acuerdo fue adoptado en ejecución del protocolo familiar.

c) La regulación para las ofertas públicas de adquisición en el Derecho español. Su vinculación con los convenios de sindicación

Una oferta pública de adquisición OPA puede caracterizarse como la manifestación de voluntad por la cual un sujeto de derecho, actuando de forma individual o concertada con otros ofrece, de manera irrevocable y a un precio equitativo, adquirir la totalidad de las acciones con derecho a voto de una sociedad admitida al régimen de oferta pública de acciones, por un tiempo prefijado y sujeto a un procedimiento especial de control de los términos y las condiciones de la oferta. La oferta deberá hacerse extensiva a los titulares de dichas acciones y a los tenedores de derechos de suscripción u opciones sobre esas acciones de valores de deuda convertibles, u otros valores similares que directa o indirectamente puedan dar derecho a la suscripción, adquisición de valores negociables o conversión en esas acciones con derecho a voto.

El derecho positivo, en ciertos casos, establece que verificados ciertos supuestos de hecho, se deberá formular la oferta. Analizar la calificación jurídica de esta situación excede el objeto del presente. Se trata, en general, de situaciones en que de manera efectiva se tiene el control de una sociedad cotizada, mediante: la adquisición de acciones o valores que confieran, directa o indirectamente, derechos a voto en dicha sociedad; mediante acuerdos con otros titulares de valores que, en forma concertada, le otorguen los votos necesarios para formar la voluntad social en las juntas de accionistas

⁶⁵⁵ Al respecto, CAUMONT, A. – AMORÍN, M., “La causa del sistema en la conexidad contractual”, en *Direito em Debate*, vol. 1, María Helena Diniz (coord.), Ed. Almedina, San Pablo, 2020, p. 65.

–asambleas ordinarias– o para elegir o revocar la mayoría de los directores – administradores– o miembros del órgano de fiscalización, o a través de acuerdos destinados a establecer una política común en lo que se refiere a la gestión, o que tengan por objeto influir de manera relevante en la misma, así como cualquier otro acuerdo que, con la misma finalidad, regule el ejercicio del derecho de voto en el órgano de administración o en quien este delegue la gestión; o de manera indirecta o sobreviniente o como consecuencia de un proceso de reorganización societaria.

Los ordenamientos europeos receptaron en diversos grados este procedimiento en función de la directiva comunitaria 25/2004 del 21 de abril de 2004, incorporada al ordenamiento español en forma parcial por la Ley 6/2007, que reformó el mercado de valores, apuntando a un control eficiente del mercado y a la protección de los accionistas minoritarios. Según surge del preámbulo de dicha norma, se pretende que todos los accionistas reciban un trato equivalente y cuenten con tiempo e información suficientes para adoptar una decisión sobre la oferta; que el órgano de administración de la sociedad obre en defensa de los intereses de la sociedad en su conjunto; que no se creen mecanismos impropios, como falsos mercados de los valores de la sociedad afectada, de la oferente o de cualquier otra sociedad interesada por la oferta; que el oferente formule la oferta con certeza de poder cumplir con las obligaciones emergentes del respectivo contrato de compraventa o permuta. Respecto a la sociedad cuyas acciones se ofrecen, esta no debe ver sus actividades obstaculizadas durante más tiempo del razonable.

Como se señaló en el Capítulo segundo, numeral 2.2.2, los arts. 128.b) y 135.1.a) y b) del TRLMV, el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición y el reglamento de estas, arts. 3.1. b), 4.2, 5.1.b), 5.2, 26.1 y apartados a) y b) del art. 29.1, así como los arts. 114.2 y 175.2 del RRM, aluden a los pactos parasociales.

El art. 3 del RD 1066/2007 establece que quien alcance el control de una sociedad cotizada quedará obligado a formular una oferta pública de adquisición por la totalidad de los valores y dirigida a todos sus titulares a un precio equitativo, ya sea que lo consiga: a) mediante la adquisición de acciones u otros valores que confieran, directa o indirectamente, derechos de voto en dicha sociedad; b) mediante pactos parasociales

con otros titulares de valores, en los términos del art. 5.1.b); o c) como consecuencia de los supuestos de tomas de control indirectas o sobrevenidas establecidos en el art. 7. Este último artículo refiere a la “adquisición” *lato sensu*, de las acciones, no a supuestos de pactos parasociales.

En el Derecho español (art. 1 del RD) se impone la obligación de formular una OPA por la totalidad de los valores y dirigida a todos los titulares por un precio equitativo a quien alcance el control de una sociedad cotizada. Entre los mecanismos por los que se puede alcanzar el control encontramos la ubicación en situaciones jurídicas que confieran directa o indirectamente derechos de voto, entre ellas los pactos parasociales u otros supuestos por los que en sustancia se atribuyan a una misma persona los porcentajes de voto pertenecientes a varios accionistas.

Desde el anuncio público de la oferta hasta la publicación del resultado de la misma, la TRLMV (art. 134.1) y el Reglamento de OPAs (art. 28) imponen a los órganos de administración y dirección de la sociedad de que se trate y de su grupo, realizar cualquier acto con virtualidad para impedir la posible aceptación de la oferta.

De entre las medidas que pueden adoptarse para obstaculizar el éxito de la oferta, interesan a efectos del presente las que podrían surgir de pactos parasociales.

Disparado el procedimiento, la junta podrá adoptar ciertas medidas, nunca impeditivas del normal desarrollo de las operaciones que comporta la oferta. Dichas medidas deberán adoptarse conforme dispone el art. 134.2 del TRLMV, por la junta – que no podrá delegar esta atribución en el consejo –, en reunión que podrá ser convocada quince días antes de la fecha fijada para su celebración y que para funcionar requerirá el quórum previsto en el art. 194 de la LSC. En tanto para adoptar resolución, se necesita una mayoría especial, que según dispone el art. 201.2 de la LSC, si el capital presente o representado supera el cincuenta por ciento, debe ser la mayoría absoluta, que se eleva a los dos tercios del capital presente o representado en la junta, cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento.

La convocatoria expresará con claridad la decisión que se propone a la junta y se hará constar el derecho de todo accionista de examinar en el domicilio social, el texto íntegro del acuerdo propuesto y el informe sobre este o pedir su remisión. Está sometido a publicidad, según lo dispuesto en el art. 29 del Reglamento de OPAs, por parte de la sociedad y la CNMV, lo acordado en la junta (art. 238 del TRLMV) y de la

adopción del acuerdo deberá dejarse constancia en el Informe Anual de Gobierno Corporativo.

Por el lapso establecido para la posible aceptación de la oferta, es posible suspender la eficacia de convenios de sindicación; para el contenido relacionado con la transmisibilidad de los valores, para lo estipulado sobre el voto, no aplicará a la junta general de accionistas que decida sobre estas posibles medidas de defensa.

Respecto a los primeros, la suspensión encuentra su fundamento en que de no suspenderse, los accionistas sindicados no podrían aceptar oferta, sin incumplir el pacto. En referencia a la suspensión de los efectos de la sindicación para el voto, esta se funda en brindar a los accionistas sindicados, en esta particular coyuntura, priorizar su interés individual, adoptar o rechazar medidas.

Entonces, cuando se realiza la oferta en cumplimiento de lo previsto en la ley pueden existir regulaciones originadas en pactos parasociales, respecto a la transmisibilidad de las acciones, y dentro de las resoluciones que podrá adoptar la junta por ese mecanismo se encuentra la de disponer la ineficacia, durante el plazo de aceptación de la oferta, de las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones previstas en pactos parasociales, de las restricciones al derecho de voto previstas en los estatutos o en los pactos parasociales, para la junta general de accionistas que decida sobre las posibles medidas a adoptarse.

Cuando la sociedad decida aplicar estas medidas de neutralización, debe indemnizar los daños por las pérdidas sufridas como consecuencia de estas. Se trata de una indemnización que deberá estipularse en los estatutos de forma que el accionista resulta alcanzado por lo estipulado y sabe *ex ante* –pues debe establecerse la forma de liquidarla– cómo se liquidará.⁶⁵⁶

⁶⁵⁶ La doctrina ha cuestionado esta previsión. Martínez Rosado convoca la objeción realizada por León Sanz, para quien “puede resultar discutible y no parece que tenga mucha justificación, en efecto, que los titulares de un pacto de control de una sociedad cotizada tengan derecho a una compensación, mientras que los titulares de una participación de control no pueden cobrar un sobreprecio”, pero para objetarla a su vez, indicando que sí es justificada porque los titulares de una participación de control sí podrán adherirse a la OPA y, con ello, adquirir la sobreprima. Pero luego acota que León Sanz puntualiza, a nuestro juicio con razón, que la eficacia de los pactos parasociales en la sociedad cotizada en el Derecho español está reconocida y sujeta a que den a publicidad, por lo que parece justificado que se prevea el derecho de los integrantes del pacto a recibir una compensación adecuada. En efecto, es un tercero (la sociedad) el que interfiere en sus esferas jurídicas, interviniendo en el negocio celebrado por otros los sindicados. Cabe acotar que aun si el legislador confiere a uno de los otorgantes la posibilidad de

Estos acuerdos de la junta de neutralización pueden adoptarse asimismo, en caso de presentación de ofertas voluntarias. En ese caso, a diferencia del supuesto que ahora nos ocupa, en que es obligatoria, el art. 13.2.a del Reglamento de ofertas públicas de adquisición permite subordinar la oferta voluntaria a la adopción de un determinado acuerdo por la junta general. Dentro de esa posibilidad podría pensarse en condicionar la oferta, a la adopción de un acuerdo que, suspenda temporalmente la eficacia de los eventuales sindicatos de voto.⁶⁵⁷

Quien debe formular la oferta es el que tenga, directa o indirectamente, el mayor porcentaje de derechos de voto; si todos los integrantes del grupo de poder, dos o más, coinciden en el porcentaje, todos ellos estarán obligados a formularla.

Pero en aras de evitar otra forma de centralización del poder que eluda la regulación de tener que efectuar una OPA, se alude a quien tiene, individualmente o de forma conjunta con las personas que actúen en “concierto con ella”, una participación de control de una sociedad, cuando alcance, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30 por 100 o cuando haya alcanzado, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto inferior y designe, en los veinticuatro meses siguientes a la fecha de la adquisición del porcentaje inferior, un número de directores –consejeros– que, unidos a lo que ya hubiera designado, representen más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad. También procurando arribar a quien “mueve las piezas” - tomando el poema de Borges que luce al inicio de esta obra- adiciona a los que actúen en nombre propio, pero por cuenta ajena o de forma concertada con ella; de seguido define que se entenderá que existe dicho concierto cuando dos o más personas colaboren en virtud de un acuerdo, ya sea expreso o tácito, verbal o escrito, con el fin de obtener el control de la compañía afectada. Se presumirá que existe concierto cuando las personas hubieran alcanzado un pacto de los señalados en el art.112 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores, que refiere a pactos parasociales en sociedades cotizadas en el ámbito de esta regulación (ver *supra* literal c.1, arts. 530 a 535 de la LSC), destinado a establecer una política común en lo que se refiere a la gestión de la sociedad o que tenga por objeto influir de manera relevante en ella, así como cualquier otro que, con la misma finalidad,

intervenirlo, debería prever la indemnización de los daños. Pero en puridad, como la estipulación se inserta en el propio estatuto impacta en el pacto parasocial, que es un negocio conexo. MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., p. 303, n. 222. Respecto al obligado al pago y al monto de la compensación y los debates surgidos al respecto, en la doctrina española puede consultarse igualmente MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., pp. 304-305.

⁶⁵⁷ Cfr. MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., p. 307.

regule el derecho de voto en el consejo de administración o en la comisión ejecutiva o delegada de la sociedad.

Así, para determinar si se alcanza el porcentaje requerido deberán considerarse todas las acciones de los sindicados, que cuando se sindicán pasan a ser considerados como grupo relevante, a efectos que se dé el supuesto de hecho que hace que deban ofrecer las acciones por esta vía. Entonces, en caso de concentración o de concertación debe formularse la OPA.

Se aprecia que se trata de una obligación divisible. Efectivamente, cada accionista podrá dar cumplimiento a esta ofreciendo sus acciones, no encontrándose norma de la que surja la indivisibilidad. Determinada la divisibilidad, cabe preguntarse si la obligación será solidaria o simplemente mancomunada. A tenor de lo indicado en el art. 1137 del CC español resulta que la *“la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”*, por lo que en ausencia de una norma que establezca la solidaridad, esta no podrá imponerse; esto, en función de la regla de clausura del sistema que surge del principio de legalidad, no podría imponerse, en tanto nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda.⁶⁵⁸ Sin embargo, en ese sistema jurídico se ha apreciado una tendencia jurisprudencial a imponer la solidaridad, Mas allá de lo establecido en dicho artículo de aumentar la solidaridad aunque no exista norma expresa que la imponga en particular.⁶⁵⁹

⁶⁵⁸ “En virtud de este principio, consagrado indirectamente en el apartado 1.º de este mismo precepto, todos los poderes públicos se encuentran sujetos a la ley. Asimismo, es una consecuencia de lo que se expresa en el Preámbulo como finalidad de la Constitución: ‘Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular’. Y, como ha afirmado el Tribunal Constitucional –STC 108/1986, de 26 de julio– estamos ante un dogma básico de todo sistema democrático. En el artículo 25 encontramos una concreción del principio de legalidad en el ámbito sancionador. En virtud de su apartado primero, ‘nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento’”. Transcripción de <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=9&tipo=2>

⁶⁵⁹ El ST español, en sentencia de 17 de marzo de 2006, ha señalado: *“la solidaridad impropia se produce cuando acciones plurales concurren a un resultado dañoso, con contribución causal eficiente, sin que sea posible discernir el concreto grado de incidencia de cada una de ellas. Tal situación de responsabilidad in solidum puede originarse de distintos modos, pero no cabe aplicar la interrupción de la prescripción extintiva ex artículo 1974 del Código Civil, entendida con alguno de los agentes, a los otros, cuando no*

Se percibe que el gozne sobre el que gira el asunto es el control y este se puede obtener por diversas vías: la celebración de un convenio de sindicación, la integración de uno o más accionistas a un convenio de sindicación existente, la variación del objeto del convenio de sindicación adicionándosele contenido referido al control; es la posibilidad de “hacer y deshacer” lo que precipita esta consecuencia normativa. A partir de esta premisa, puede concluirse que la obligación de formular una OPA nace, aun en el caso de que las partes celebren un pacto parasocial que comporte adquirir el control de la sociedad, pero que en cuanto a la porción de capital que ostentan los otorgantes titulares de la mayoría del capital pretendan syndicar menos del treinta por ciento, indicando que de los votos con que cuentan solo se comprometen respecto a un porcentaje menor, los convenios de sindicación obligan a los accionistas, y estos por el porcentaje de capital con que cuentan pasan a tener el control de la sociedad. En la abundante dogmática española sobre el tema OPA, se ha analizado en profundidad, cuándo se verifica el hecho generador que hace nacer la obligación de formular una OPA y quiénes deben formular la oferta.⁶⁶⁰

El art. 3.3 del RD establece que cuando se conviene tomar el control, atribuyéndose a un sujeto la posibilidad de ejercer los votos de los otros pactantes, el que debe formular la OPA es quien tenga, directa o indirectamente, el mayor porcentaje de derechos de voto, y si los porcentajes de dos o más accionistas coinciden todos ellos. Esta opción apunta a que el que maneja el sindicato sea el que debe formularla; si

ha habido una actuación conjunta o común, o no hay una comunidad de intereses entre ellos, sino que operaban con absoluta independencia y sin ninguna relación entre sí” (Sentencia de 14 de marzo de 2003, recurso de Casación 2235/1997). Y respecto a la solidaridad en el ámbito del Derecho mercantil, la Sala Primera expresaba: *“la rígida norma del artículo 1137 Código civil ha sido objeto de una interpretación correctora por parte de este Tribunal y muy especialmente en relación con las obligaciones mercantiles en las que, debido a la necesidad de ofrecer garantías a los acreedores, se ha llegado a proclamar el carácter solidario de las mismas, sobre todo cuando se busca y se produce un resultado conjunto...de acuerdo con lo que la sentencia de 27 de octubre de 1999 denomina ‘el acervo comercial de la Unión Europea’, en la que el artículo 10.102 de los Principios del Derecho europeo de contratos recoge el principio de la solidaridad cuando hay varios deudores obligados, principio tradicionalmente aplicado por este Tribunal cuando se trata de obligaciones mercantiles”*. Sentencia del 11 de julio de 2006.

⁶⁶⁰ Para citar solo a algunos, ha abordado el tema en múltiples estudios durante décadas, en vigencia del régimen anterior al RD, ZURITA SÁENZ DE NAVARRETE, J., entre otros, “Oferta Pública de Adquisición cuando se alcanza el control”, en García de Enterría y Zurita Sáenz de Navarrete, J. (dir.), *La regulación de las OPAS. Comentario sistemático del RD 1066/2007, de 27 de julio*, Pamplona, 2009. Asimismo, FERRANDO MIGUEL, I., “Los indicadores de la adquisición del control y el deber de formular una OPA obligatoria”, en Juste Mencía, J. y Recalde Castells, A. (coords.), *Derecho de OPAS. Estudio sistemático del régimen de las ofertas públicas de adquisición en el Derecho español*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp. 59-84; DE DIOS MARTÍNEZ, L. M. – RECALDE CASTELLS, A., “Fundación y ámbito de la OPA obligatoria”, en *Noticias de la Unión Europea*, N° 285, 2008, pp. 59 a 72; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Comentario al art. 5 del RD 1066/2007, de 27 de julio”, en García de Enterría, J. y Zurita Sáenz de Navarrete, J. (dirs.), *La regulación de las OPAS...*, op. cit., pp. 144 a 182. Véase el amplio relevamiento efectuado por MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., pp. 277-278, n. 154.

adicionamos que quien maneja el sindicato maneja la sociedad, la consecuencia se revela impecable, si por paridad ninguno tiene el control del sindicato, por tener iguales votos, todos deben formular la oferta. Sin embargo, en el sindicato puede haberse pactado que las decisiones se tomen por mayorías especiales, o por unanimidad, incluso por las dos variantes, dependiendo de los asuntos, v. g., asuntos trascendentes por unanimidad, etc. En ese caso, no es lineal afirmar que el controlador es el mayoritario a la interna del sindicato. Sin embargo, se trata de una norma que prevé un supuesto de hecho verificado, el cual sigue una sanción, la prevista en el art. 132.1 del TRLMV, a la que se adicionan sanciones administrativas. Ante la verificación del supuesto de hecho, si el obligado no formula la OPA, resulta impedido de ejercer los derechos políticos derivados de los valores de la sociedad cotizada cuyo ejercicio le corresponda por cualquier título. En la dogmática se han presentado conclusiones opuestas al respecto. Así, algunos sostienen que se trata de una norma supletoria que no impide que varios partícipes asuman dicha obligación, en el caso, los otros sindicatos que también, por la forma en que se reguló el funcionamiento del sindicato a la interna, tienen el control.⁶⁶¹

Otros, en cambio, indican que para la imputación de derechos de voto, y considerando cómo se ejerce el control, que es lo relevante a los efectos de la finalidad de la norma, todos los participantes en el concierto tendrán el mismo porcentaje de derechos políticos, pues una vez sindicados, no resultan relevantes las acciones de las que sean titulares, de allí se infiere que todos resultarán obligados a formular la OPA de forma conjunta; asignación de significado que resulta difícil de aceptar en función del contenido de los enunciados normativos.⁶⁶²

Finalmente, otro sector –en posición que parece de recibo– señala que atendiendo al texto de los enunciados normativos y tratándose de Derecho sancionatorio, la sanción corresponderá al sujeto designado en la norma como obligado, el mayoritario, de forma que quien se integre al sindicato desde ese lugar deberá ponderar *ex ante* este extremo, pudiendo resultar un elemento para la determinación del peso de cada uno a nivel de las decisiones, esa situación en que se ubica el mayoritario, lo que tendrá impacto también en lo económico. El sindicato que tenga una mayor

⁶⁶¹ DE DIOS MARTÍNEZ, L. M. – RECALDE CASTELLS, A., “Fundación y ámbito...”, *op. cit.*, p. 70.

⁶⁶² PÉREZ MILLÁN, D., “Pactos parasociales, actuación en concierto y OPA obligatoria”, en Juste Mencia, J. y Recalde Castells, A. (coords.), *Derecho de OPAS...*, *op. cit.*, p. 143.

porción del capital de la sociedad, es entonces el obligado, *ex lege*, convencionalmente podrá preverse por los mecanismos de estilo en los convenios de sindicación –Capítulo quinto– que los restantes sindicatos deberán acompañarlo.⁶⁶³

En referencia a la forma de alcanzar el guarismo del treinta por ciento del capital que genera la obligación de concretar la OPA, Zurita y Sáenz de Navarrete indicaba que podía alcanzarse el guarismo de treinta por ciento sobre la base de un acuerdo, aun tácito, por el que dos o más personas colaboran con el fin de obtener el control de la sociedad; por un acuerdo destinado a establecer una política común en lo relativo a la gestión o por el que se pretenda influir de manera relevante en la misma; u otro acuerdo que regule el derecho de voto en el consejo de administración y comisiones ejecutivas –comité ejecutivo en Iberoamérica–. Decía el catedrático de la universidad complutense que lo determinante es que el pacto, tenga como objeto el control. Se aprecia la proyección sobre los denominados derechos políticos.

Martínez Rosado pregunta agudamente, ante las conclusiones de la doctrina que antes referíamos, “si el pacto parasocial debe estar destinado a establecer una política común en lo relativo a la gestión de la sociedad o a influir de manera relevante en la misma” –art. 5.1.b) del RD de OPAS–, “lo que presupone un pacto con un contenido duradero y estable, o si no es necesaria una previsión o presunción tan intensa”. Alude a situaciones de pactos puntuales, que podrían constituir el supuesto previsto en la ley para que surja la obligación de formular una OPA. Opina el autor en cita que ni del tenor literal ni del sentido teleológico surge que un pacto puntual no configure el supuesto de hecho determinante de la obligación de formular una OPA. Comenta que si bien la seguridad jurídica es pretendida, esto es, no puede ser algo impreciso determinar cuándo se verifica la situación que determina la OPA, esto no empece a apreciar la finalidad de la regulación. Agrega que en esa perspectiva, las partes son conscientes respecto a la celebración de un pacto parasocial, que comporte adquirir el control, no sería determinante entonces el elemento duración.

Sin embargo, el control societario ontológicamente supone tiempo, por lo que dentro de los pactos parasociales, solo un convenio de sindicación da mérito a que se verifique el supuesto de hecho previsto en la ley para que deba formularse la OPA. Es necesario el tiempo como duración para que esto se configure, no alcanzando el supuesto previsto a un acuerdo puntual, esto alcanza también a la concertación. De este

⁶⁶³ MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, op. cit., p. 294.

modo, como indica el catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid León Sanz, un pacto parasocial que no encarte en la categoría convenio de sindicación, adoptado para una junta general determinada, no desencadena entonces la obligación de formular una OPA.⁶⁶⁴

Las prácticas concertadas y su asimilación o no con los pactos parasociales, también ha sido asunto de análisis abundante en la dogmática española. Martínez Rosado, en su profundo análisis y relevamiento dogmático al respecto, señala que “parece que caben distintas formas de concierto que no se identifican con la existencia de un pacto parasocial en sentido estricto, al menos si entendemos por pacto parasocial un pacto entre socios vinculante jurídicamente: el pacto parasocial vendría a ser una especie dentro del género ‘concierto’”. El recordado profesor complutense Sánchez Calero sostuvo que los pactos parasociales son una de las formas de actuación en concierto pues, tal como están concebidos, son una especie de acción concertada, estando mucho más limitados que los que pueden dar fundamento a aquella, que ha de existir cualquier forma de declaración de la voluntad en la que se manifieste la colaboración de las partes concertadas con el fin de obtener el control de la sociedad cotizada, y que la variedad de la actuación concertada es amplísima, si bien quizá sean más frecuentes los pactos reservados entre el eventual y el concertado, que se manifestarán en los acuerdos de la junta general, en especial a la hora de la designación de los miembros del órgano de administración.⁶⁶⁵

Sin embargo, cuando se expresa la voluntad, en cualquier forma, se está ante un pacto parasocial, negocio que no es solemne; hay manifestación intencional de

⁶⁶⁴ LEÓN SANZ, F. J., “La reforma de la regulación de OPAs y el régimen de los pactos parasociales de las sociedades cotizadas”, en *Noticias Unión Europea*, Nº 285, 2008, p. 128. Respecto a la distinción a nivel jurídico del tiempo como duración y del tiempo como distancia señalaba Caumont: “El Tiempo como DISTANCIA en su especie diferida (vale decir, no excluyentemente instantánea) por cuanto la inserción de la variable temporal consistente en la posibilidad de retardar el cumplimiento de una obligación resulta ser en determinado contexto económico una manera funcional de incentivar la actividad comercial como consecución de un paradigma básico del proceso globalizador que obra contemporáneamente de contexto socio político prevalente; y B. El Tiempo como DURACIÓN, esto es, el Tiempo como ámbito duradero en cuyos intramuros de transcurso se desarrollan de modo continuado los actos de ejecución de las prestaciones comprometidas por los contrayentes en su pacto negocial”. Ver CAUMONT, A., *Estudios de Derecho Civil*, Ed. La Ley, Montevideo, 2020, p. 113.

⁶⁶⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., *Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 151-152.

voluntad, secundada por el ordenamiento jurídico, emitida por sujetos titulares de competencia normativa, que por su actuación generan derecho positivo. En cuanto al objeto de este negocio, este debe referir al tiempo como duración, pues esto importa la asunción del control, ese negocio jurídico es tomado como hecho por la aplicación de otras normas, en el caso es el hecho generador de la obligación de emitir una OPA. Si no hay acuerdo de voluntades, debemos analizar si es concebible una situación de concierto, y en ese caso, qué implicaría una situación de concierto. En ese sentido, no son trasladables las valoraciones formuladas para el caso de oligopolistas en materia de defensa de la competencia, cuando se alude a “prácticas conscientemente paralelas que se asimilan a las prácticas concertadas.”⁶⁶⁶ En esa perspectiva deberá analizarse, ante una situación de presunto concierto, si se conforma a través de un actuar coordinado, aun a través del silencio, un agente que puede afectar sustancialmente las variables relevantes de la compañía, con independencia de los otros accionistas. Una situación de predominio colectivo, generado por varios que se comportan como un único poder, una llevándolo a términos del cooperativismo, agrupación de socios, que conforman una unidad, esto no debe provenir necesariamente de pactos parasociales inscriptos. Llegados a este punto cabe preguntarse si la situación de prácticas conscientemente paralelas, que no exigen el elemento consensual, implica una situación de concierto. A mi juicio, la respuesta es negativa, y la mención a concierto refiere más que nada a una situación de prueba. En efecto, ante la dificultad de acreditar la existencia de un negocio jurídico, que puede haberse celebrado en una charla, no puede acreditarse, y entonces del comportamiento de los pactantes se infiere la existencia del negocio; si hubo voluntad de actuar conjuntamente hay negocio, en cambio, la práctica consistente en *voto lo que vote otro accionista pues lo sigo, porque lo entiendo apropiado a mis intereses, sin consentimiento entre ambos* no encarta en el supuesto legalmente previsto. La mención de la doctrina a un acuerdo de caballeros no nos parece admisible, todos los acuerdos deben cumplirse de buena fe y por ende, todos son acuerdos de caballeros; el negocio no es solemne y, por tanto, alcanza con expresar la voluntad de actuar en cierto sentido. Esto que viene de señalarse no puede neutralizarse indicando que si se celebra un convenio, este debe inscribirse en una sociedad cotizada si se dan los supuestos previstos en el art. 531 y siguientes de la LSC, pues ello es tan cierto como irrelevante a

⁶⁶⁶ AMORÍN, M., “Abuso de posición dominante e imposición vertical de precios”, en Pérez-Serrabona González, J. L. (dir.), Pérez-Serrabona González, F. J. (coord.), *Derecho Privado...*, op. cit., p. 197; COSTAS COMESAÑA, J., *Los carteles de la crisis*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 55.

los efectos que nos ocupan; el comportamiento exigible luego de celebrado el negocio no incide en su calificación, sino que tiene otros efectos, los que analizamos en el literal b). Si se otorga un negocio de este tipo, este será válido, aunque no será eficaz si no se inscribe, en tanto se encuentre otorgado por sujetos dotados de capacidad jurídica y poder normativo negocial, si no es eficaz no habrán nacido las obligaciones, ese elemento no dice relación con la validez del negocio. La existencia de este negocio constituye el supuesto de hecho previsto en la ley para que haya que emitir una OPA, y de esta forma se explica la mención a concierto, que en puridad alude al contrato celebrado, pero ineficaz por no haberse cumplido el requisito legal de eficacia previsto en la LS.⁶⁶⁷

A partir de asumir que el centro de la cuestión es quien “la trama empieza” –nuevamente al decir del poema de Borges que encabeza esta obra–, se dilucida otro tema profusamente debatido en la dogmática española: la situación de quienes, en los veinticuatro meses siguientes a la fecha de la adquisición del porcentaje inferior al treinta por ciento, han designado un número de consejeros que, unidos, en su caso, a los que ya hubieran designado por separado, representen más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad. Lo decisivo es el control, se reúne la junta y se designa a A y B, con los votos de los accionistas x y z; transcurre un año y se designa a C con los votos de los mismos accionistas, pero estos no han concertado ningún acuerdo al respecto, sino que han entendido apropiado su designación; parece evidente que no es la materia que se pretende regular. La situación que genera el control tiene que ver con que como consecuencia del pacto por el que se regula el voto en las comisiones ejecutivas o delegadas del consejo, uno o varios accionistas alcancen el control de la sociedad cotizada. Ello se relaciona con la incidencia en el proceder de estos administradores (ver *supra*, Capítulo cuarto, 4.1 f). Se debe tratar de una acción

⁶⁶⁷ En similar sentido, la profesora madrileña MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicita, *El concierto como presupuesto de la OPA obligatoria*, Monografía Asociada a la *Rev. del Mercado de Valores*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2007, pp. 286-291, p. 291. Recalde Castells, apunta que en Alemania, el GBH ha afirmado que la acción en concierto debe interpretarse de manera restrictiva, exigiendo que se hayan producido unos contactos conscientes entre los accionistas en cuestión, cuyo objeto fuera coordinar la actuación de estos accionistas en relación con objetivos de cierto alcance (las conductas paralelas no resultarían, por ello, suficientes). Vid. RECALDE CASTELLS, A., “Interpretación restrictiva de la ‘actuación en concierto’ en la jurisprudencia alemana”, en *RDBB*, Nº 106, 2007, p. 212, *apud* MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 285, n. 173.

convenida, concertada, que hace que los pactantes controlen la sociedad a la que le han colocado los administradores de su paladar, en función de esa definición conjunta. Para esto no es necesario que el administrador sea un “títere”, un mero ejecutor. Los consejeros –directores– participarán desde su rol, interactuando con el grupo de control. Así, la situación pasa a ubicarse en materia de relacionamiento en la que puede darse en una sociedad no cotizada. Cuando se designa al consejero del agente de poder individual o grupo que comporta la mayoría en el consejo de administración, se verifica el presupuesto de hecho previsto en la norma para que se genere la OPA. El nombramiento podrá relacionarse con uno de los que convienen. No se trata de celebrar un pacto parasocial para designar a un administrador; en efecto, dos accionistas que cuentan con dos directores propuestos por ellos, respectivamente pueden acordar, designar un tercero de perfil técnico, por ejemplo, y este acuerdo puntual no necesariamente implicará que obtengan el control societario.⁶⁶⁸ No alcanza con pactar entonces, de forma puntual, votar en una asamblea la designación de tales consejeros, sino de pactarla en términos del tiempo como duración y funcionalmente al control de la sociedad operando como un único agente de poder al interior de esta, sin perjuicio de la forma en que a la interna, conforme lo convenido por los sindicatos, hayan acordado cómo procesarán las decisiones.

Cuando se realiza la OPA y el oferente alcanza un porcentaje igual o superior al 70 por 100 del capital que confiera derechos de voto, también se suspenden los efectos de los convenios de sindicación para el voto o las limitaciones a la transmisibilidad de las acciones, el lapso podrá ser definido en la junta que convoque luego de alcanzar dicho guarismo.⁶⁶⁹

⁶⁶⁸ Cfr. PÉREZ MILLÁN, D., “Pactos parasociales, actuación en concierto...”, *op. cit.*, p. 124; Martínez Rosado, J. *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 291.

⁶⁶⁹ Indica Sánchez Calero: “Así como la neutralización de las medidas defensivas se concentra en determinados momentos durante la tramitación de una OPA (sea durante el plazo de aceptación o en el marco de la Junta general que puede adoptar medidas una vez presentada la OPA), (omissis) introduce una previsión de desactivación de esas medidas para un momento posterior y una vez que podemos considerar concluida la oferta. Nos situamos ante la conclusión exitosa de la OPA, puesto que el oferente habrá alcanzado un porcentaje superior al 75% del capital con derecho de voto. (omissis) En esta situación, la neutralización persigue permitir que el nuevo titular del control pueda iniciar el uso efectivo del mismo al objeto de modificar los estatutos o alterar la composición del consejo. Es una regla lógica: si la neutralización ha impedido oponer las medidas defensivas en el intento de adquirir el control, sus efectos deben perdurar cuando lo que resta es traducir ese control en acuerdos societarios. De no ser así, la neutralización en conjunto perdería toda su razón de ser puesto que esa imposibilidad de concretar en acuerdos de la Junta general la adquisición del control, desalentaría a posibles oferentes ante la incertidumbre de que la mayoritaria aceptación de la OPA se tradujera, posterior y efectivamente, en una capacidad de ejercitar el control”. Ver SÁNCHEZ CALERO, J., “La armonización disgregante: La Directiva de OPAS y el Principio de neutralización de medidas defensivas”, en *Documentos de Trabajo de Derecho*

6.3. El Derecho argentino

a) Los convenios de sindicación como contratos de colaboración
(art. 1442 del CCyCo)

La legislación argentina, al igual que la española, no prevé con carácter general la posibilidad de tornar oponibles los pactos parasociales a la sociedad.⁶⁷⁰ El legislador argentino adoptó un criterio de prescindencia en la regulación de los pactos parasociales. Esta definición no responde a una percepción de ilegitimidad de dichos pactos, superada hace ya mucho tiempo en la dogmática de ese país.

Existe una definición de política legislativa que data de hace casi medio siglo y se mantiene enhiesta hasta ahora, en cuanto a no habilitar la incidencia del pacto parasocial en la normativa aplicable a la sociedad. Ello parece evidente, pues al edictarse el Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la Ley 26994, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, no se insertó tal posibilidad. El CCyCo argentino, que unifica el Derecho privado patrimonial, regula un género de tipos contractuales, en los que ingresa el subtipo de pacto parasocial, convenio de sindicación, estructura asociativa no societaria y permite asignar regulación, dependiendo de la calificación de cada uno a los restantes pactos parasociales.

La definición legislativa en cuanto a no relacionar al pacto con la sociedad tiene su origen en los ilustres profesores argentinos integrantes de la comisión redactora de la ley de sociedades comerciales argentina.⁶⁷¹

En 1972, en la Exposición de Motivos de la LSC, en el Capítulo II (“De las Sociedades en Particular. Conceptos Generales”), Sección V (“De la Sociedad Anónima”), Apartado VIII (“De la Asamblea de Accionistas”), párrafo 10, estos juristas indicaban: *“Distintas instituciones han propugnado la inclusión de normas acerca de la legitimidad de la sindicación de acciones. La Comisión se ha inclinado por omitirlas,*

Mercantil, Universidad Complutense, año 2006/3 mayo 2006, p. 56, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/188610>, consultado el 8 de julio de 2021.

⁶⁷⁰ Sobre la regulación en España ver *supra* nal. 6.2.

⁶⁷¹ Profesores Isaac Halperin, Gervasio Colombres, Horacio Fargosi, Carlos Odriozola y Enrique Zaldívar.

por diversas razones: a) *No se trata de un pacto, acuerdo o convenio, que integre el régimen legal de las sociedades. Es un contrato que, aunque pueda llegar a afectar el funcionamiento de instituciones de la sociedad, es ajeno a ésta. Es un auténtico acto parasocial, que no obliga a la sociedad y que ésta podrá impugnar cuando desvirtúe o afecte su funcionamiento leal.* b) *No cabe una norma única, que legitime o fulmine de nulidad o ineficacia cualquier pacto de esta clase: depende de los fines perseguidos con tal contrato, por lo que la mayoría de la Comisión juzga que son suficientes las normas generales del derecho (Art. 953 CCiv., verbigracia) o los del régimen de sociedades, que se proyectan. En el caso concreto, y con tales criterios, el juez habrá de resolver el grado de validez que tengan en el supuesto juzgado. La enunciación casuística, además de incompleta, perdería de vista la ilegitimidad del objeto concreto perseguido, que viciaría el acto; y si la enunciación se supeditara a esta regla, carecería de sentido y seriedad legislativa”.*⁶⁷² En 1983, la ley de sociedades argentina se vio modificada en múltiples aspectos –Ley 22.903–, no varió el panorama y se guardó silencio.

La riqueza del párrafo es indudable. Efectivamente, estos juristas asumen la validez y eficacia de estos contratos, reconocen al negocio por su tipicidad social, refieren a la posible influencia en la vida de la sociedad –conexidad–, rechazan ingresar a regular con carácter general cuáles contenidos son admisibles y cuáles no, y se expiden otorgando legitimación a la sociedad, para impugnar el convenio de sindicación cuando desvirtúe o afecte su funcionamiento leal de la sociedad. Insertan así a la buena fe objetiva en el asunto y puntualizan la posible nulidad de dicho contrato relacionado a los fines –objeto o causa–, reservando para la ponderación en el caso concreto tal extremo en el supuesto juzgado.

El silencio de la ley argentina de 1972, hoy vigente con modificaciones, se mantuvo y consecuentemente el criterio en 1983 y en 2015.

En la Argentina existen y funcionan sindicatos de accionistas con base en convenios de sindicación, negocio socialmente típico y frecuente, con marcada influencia sobre el desenvolvimiento de las sociedades anónimas.⁶⁷³

⁶⁷² TRIOLO, I. L., “Cumplimiento y oponibilidad de los denominados ‘pactos de socios’”. Propuestas para una futura reforma de la ley de sociedades”, en *Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, enero-junio 2008, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, p. 728.

⁶⁷³ CÓRDOBA, M. M., “Comentario al artículo 1010”, en Lorenzetti, R. (dir.), De Lorenzo, M. F. – Lorenzetti, P. (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 740. Señala VITOLO que solo el 40 % de las empresas familiares llegan a la segunda generación de “propietarios” y el 15 % a la tercera. Ver VITOLO, Daniel R., “La regulación de las empresas conformadas como sociedades cerradas y de familia: el desafío legislativo”, en Favier Dubois,

Respecto a en qué tipo contractual subsumirlos, el art.1442 del CCyCo alude a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad, a los que no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho. En el art. 1443 se establece que si las partes son más de dos, la nulidad del contrato respecto a una de las partes no produce la nulidad entre las demás y el incumplimiento de una no excusa el de las otras, excepto que la prestación de aquella que ha incumplido o respecto de la cual el contrato es nulo sea necesaria para la realización del objeto del contrato. No son solemnes, y cuando una parte trate con un tercero en nombre de todas las partes o de la organización común establecida en el contrato asociativo, las otras partes no devienen acreedoras o deudoras respecto del tercero sino de conformidad con las disposiciones sobre representación y los límites en cuanto al objeto son los de la autonomía privada (arts. 1444 a 1446).

b) El convenio de sindicación no es un contrato *intuitu personae*

Cierta doctrina argentina ha postulado que los pactos parasociales son contratos *intuitu personae*, de esta afirmación se derivan las consecuencias propias de este tipo de negocios.⁶⁷⁴

Sin embargo, los vínculos societarios o asociativos son *intuitu personae* cuando la legislación les aplica el régimen de no transmisibilidad del conjunto de derechos y obligaciones de que son titulares los sujetos “estado de socio”. La situación se subsume en la de cesión de contrato en ese caso, esas limitaciones están asociadas usualmente en materia societaria a la responsabilidad que se asume, si la responsabilidad es solidaria e ilimitada. Es bien relevante determinar con quién alguien está asociado, en un emprendimiento que puede implicar soportar pérdidas. Cuando la responsabilidad es limitada al aporte suscrito, esto no deviene tan relevante.⁶⁷⁵

E. (h.) (dir.), *La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 210.

⁶⁷⁴ NISSEN, R.A., ponencia en *Negocios Societarios*, libro homenaje a Max Mauricio Sandler, Ed. Ad-Hoc, 1998.

⁶⁷⁵ Al analizar la invocación de sociedad personal para las cooperativas en Uruguay sostuvimos, a partir del principio de libre adhesión, ante la negativa a aceptar como socios a adquirentes de partes sociales que

En las sociedades anónimas, el argumento no aplica, pues la responsabilidad claramente es limitada. Anaya ha calificado de reduccionista esta visión aplicada a los convenios de sindicación, se refiere a la que toma en consideración el contrato al que accede y la forma de transmisión del “estado de socio”, indicando que debe mirarse el negocio en concreto y sugiriendo que se regule en el mismo este aspecto.⁶⁷⁶ Hace caudal de la finalidad de los convenios de sindicación, según se ha visto a lo largo de esta obra, en particular los que buscan un gobierno estable, lo relacionado a las empresas familiares, la fijación de políticas coherentes o consistentes, el hecho de que los otorgantes sean accionistas con cierta formación profesional en la actividad, la permanencia de estos asociada a sus cualidades personales. Este tipo de argumentos de política legislativa, también militan en el sentido de sustentar la evidente, desde el punto de vista del derecho común, transmisión de todos los derechos y las obligaciones del causante a sus herederos.

Justamente esa reglamentación del funcionamiento de la sociedad que interesa en esas variantes surge del convenio de sindicación, y en este deberán regularse las vicisitudes asociadas al deceso del accionista. De sostenerse la extinción de los efectos del pacto parasocial a la muerte del otorgante, por reputar este un contrato *intuitu personae*, las consecuencias serían justamente las contrarias, los sucesores podrían hacer lo que les plazca con las acciones, los sucesores no estarían sometidos a los mecanismos previstos en el convenio para la resolución de las controversias, podrían votar tal como se les ocurriese, entre otras consecuencias.

Pero todos estos son meros argumentos de oportunidad y conveniencia. Desde el punto de vista de fondo, no existe norma alguna de la que surja el carácter infungible de las prestaciones que un pacto parasocial en la

cumplían los requisitos previstos en el estatuto, que las cooperativas no son sociedades personales; la responsabilidad de los socios se encuentra limitada, aun en las cooperativas, de la responsabilidad suplementada, el ingreso de un nuevo socio no requiere la aprobación de los restantes socios, sino que el Consejo Directivo debe analizar si el aspirante cumple las condiciones previstas en el Estatuto y si la cooperativa puede darle el servicio; si esto se verifica, el aspirante tiene un derecho subjetivo a ser admitido. La propia estructura del fenómeno que pretende la libre adhesión de quien quiera integrarse, solo está limitada si la persona no reúne las condiciones establecidas en el estatuto social o por razones objetivas, incluso revisables judicialmente en caso de negativa infundada. Esta nota distancia a la cooperativa de la sociedad personal, donde son trascendentes las características personales del sujeto con quien, respondiendo en forma ilimitada, se efectúa el emprendimiento con la pretensión de obtener el lucro en sentido estricto, en las que por ello se requiere el consentimiento de los socios. Cfr. AMORÍN, M. – ALGORTA, P., *Sociedades Cooperativas – Sistema y Derecho Cooperativo*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Montevideo, 2021, p. 355.

⁶⁷⁶ ANAYA, G. L., “Las convenciones parasociales en el diseño del funcionamiento de la Sociedad”, ponencia al XII Congreso Argentino de Derecho Societario VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 2013, p. 366).

variante convenio de sindicación pone a cargo del accionista, a la postre fallecido. De regla, todas las obligaciones asumidas en el pacto se transfieren a los herederos.

Si al interior de las obligaciones que surgen del convenio de sindicación alguna refiere a cualidades personales del fallecido, esta será la que se extinguirá a la muerte del accionista y no todas las demás. Por ejemplo, si el accionista cuyo óbito acaeció era ingeniero de sistemas y debía desarrollar una labor profesional infungible dentro de la sociedad, y en razón de esa formación se le concedía cierto cargo en el directorio, si es heredado por su hijo abogado, este no podrá desarrollar la actividad que desarrollaba el padre y esa obligación en tanto *intuitu personae* se extinguirá, pero no se extinguirán en cambio todas las demás, en todas las variantes desarrolladas en el Capítulo cuarto al analizar el objeto de este tipo de convenios.

c) Los pactos sobre sucesión futura relación con los protocolos familiares

En referencia a los protocolos familiares, estos no han sido configurados como tipo contractual en el CCyCo de la nación, y tampoco tienen tipicidad de regulación.

Sin embargo, se ha producido una variación en el Derecho argentino en materia de pactos sobre sucesión futura que involucra a este tipo de negocios, pues dicho pacto puede insertarse en un protocolo familiar.

El art. 1010 del CCyCo se refiere a este tipo de pactos. Estos involucran un espectro más amplio que el que es objeto de este estudio, circunscrito a los convenios de sindicación de socios o accionistas, e involucra acuerdos a celebrarse respecto de familias y empresas que no se estructuran mediante sociedades.⁶⁷⁷

⁶⁷⁷ Art. 1010: “La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.

”Los pactos relativos a una explotación productiva o aparcipaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios establecer **compensaciones en favor de otros legitimarios**. Estos pactos **son válidos**, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros” (negritas nuestras).

La autonomía privada para regular la sucesión futura es limitada, por el régimen de legítimas que se mantiene. En su primer párrafo, el art. 1010 reitera un concepto arraigado en los sistemas continentales, la prohibición de pacto sobre herencia futura, identificado por la dogmática de ese país como un supuesto de ilicitud del objeto⁶⁷⁸ en este sistema jurídico; el segundo párrafo del art. 1010 expresa: *“Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios.”* Son válidos “tanto si participan de ellos el futuro causante y su cónyuge como si no lo hacen”, Sin embargo, un límite determinado por tres factores: 1) el respeto de la legítima hereditaria; 2) los derechos del cónyuge; y 3) los derechos de terceros”.⁶⁷⁹

Los que interesan a efectos del presente son los que se refieren a participaciones societarias de cualquier tipo, en tanto ingresen en la categoría convenio de sindicación. Lo que denota esta última expresión en el presente ha sido definido en el Capítulo segundo.

Las empresas familiares en Argentina representan el ochenta por ciento de aquellas⁶⁸⁰ y en lo que interesa a efectos del presente, al objeto de un pacto parasocial, del tipo convenio de sindicación –el protocolo familiar–.

En esto, el CCyCo se enmarca en la tendencia revisionista, aunque discreta, respecto al modelo del Derecho romano, que por oposición al modelo germánico apreciaba como contrarias a la ética este tipo de convenciones, que podrán entonces ingresar en nuestro objeto de estudio.

De todas formas, el reconocimiento de la autonomía privada en esta materia puede calificarse de discreto, pues a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el Derecho italiano para la misma materia a partir de la reforma del año 2006, se sigue manteniendo en Argentina la protección a las legítimas en este segmento.

En el Derecho italiano, en cambio, si se sobrepuja el límite de las legítimas, el asunto se resume a que los excluidos puedan reclamar una suma de dinero, conforme lo dispuesto en el art. 778 del *Codice*.⁶⁸¹

⁶⁷⁸ CAMELO, G., “Comentario al art. 1003 a 1006”, en Herrera, M. – Caramelo, G. – Picasso, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, disponible en http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_VI.pdf

⁶⁷⁹ Ibíd., “Comentario al art. 1010”.

Antes del dictado de esa norma en materia societaria, regía y está vigente, luego de la unificación del Derecho privado, en la LSC de ese país, la regulación de los denominados *pactos de ingreso de herederos* a la sociedad frente al fallecimiento de los socios fundadores (arts.90, inciso 2, y155).⁶⁸²

El art. 1010 del CCyC alude a “pactos”, esto es, a convenciones, lo que comprende contratos u otros negocios jurídicos bilaterales, es decir, otorgados por dos sujetos.⁶⁸³ Tienen como objeto, regular las relaciones entre los familiares socios o accionistas luego del óbito de alguno de ellos. Se propende así a la conservación de la unidad de gestión empresarial –regulación de derechos políticos, limitaciones a la transmisibilidad– y a la prevención de conflictos. Esta previsión alcanza a todos los tipos sociales del Derecho argentino: sociedad colectiva, en comandita simple, de capital e industria, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima, en comandita por acciones, sociedad por acciones simplificada, sociedades simples, libres o residuales.

Una vez que, según surge del art. 1010, el ámbito de eficacia material de la prohibición de pacto sobre herencia futura se ha reducido, para el supuesto de la existencia –en lo que interesa a estos efectos– de partes sociales o acciones en el futuro patrimonio relicto, debe tomarse en cuenta otro elemento, se habilita este tipo de pactos, con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial,⁶⁸⁴ por lo que “las

⁶⁸¹ “*All’apertura della successione dell’imprenditore, il coniuge e gli altri legittimari che non abbiano partecipato al contratto possono chiedere ai beneficiari del contratto stesso il pagamento della somma prevista dal secondo comma dell’articolo 768-quater, aumentata degli interessi legali*”.

⁶⁸² VARGAS BALAGUER, H. G., “Empresa familiar y Pacto sucesorio”, p. 131, disponible en <https://revistas.unc.edu.ar/esdeem/article> consultado el 9 de julio de 2021.

⁶⁸³ El ámbito de lo dispuesto excede el tipo negocial contrato parasocial, también denominado pacto parasocial.

⁶⁸⁴ FAVIER DUBOIS, E., “La empresa familiar frente al nuevo código civil y comercial”, en *Errepar DSE*, 21-11-2014, disponible en <http://www.favierduboisspagnolo.com/fds2/wp-content/uploads/2014/11/ERREPAR.-EMPRESA-FAMILIAR-.pdf>, consultado el 9 de julio de 2021. Este Profesor expresa: “Esta es a nuestro juicio la modificación más trascendente para la empresa familiar en tanto permitirá la mejor programación de la sucesión en la propiedad de la empresa”. “El texto atiende a la necesidad de facilitar la sucesión en la empresa familiar permitiendo al fundador transmitirla solo a los herederos con vocación de continuar la empresa, excluyendo a los demás”. Y agrega: “Adviértase que el ‘pacto de herencia futura’ aparece como una convención accesoria de un acuerdo de socios entre herederos, vale decir que no podrá ser autónomo sino que deberá estar dentro o vinculado directamente a un ‘protocolo familiar’”.

participaciones respecto de una sociedad meramente tenedora de bienes no podría ser objeto del negocio”.⁶⁸⁵

Requerida la actividad empresarial, cabe preguntarse si las acciones o partes sociales de sociedad “holding puro” o exclusivo, la que no explota una empresa, podrían ser referente material de este negocio. En la doctrina argentina se ha cuestionado si se trata de una sociedad comercial en tanto el art. 1º de la Ley 19.550, al referirse a la “producción e intercambio de bienes y servicios” está exigiendo la actividad empresarial; sin embargo, la doctrina mayoritaria coincide en que, en tal caso, la “holding” ejerce actividad empresarial en forma “indirecta” y, por ende, cumple con el requisito legal.⁶⁸⁶ De postularse esto, las acciones o partes sociales de la sociedad “holding” pueden ser referente material del negocio.⁶⁸⁷

Estos pactos, según surge del mismo artículo, son válidos sea o no parte el futuro causante; si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los de terceros, ontológicamente es imposible que personas jurídicas puedan otorgar el negocio, pues como se señaló, solo las personas físicas pueden integrar una familia. En la doctrina argentina, Vargas Balaguer señala que pueden celebrarse, aun sin la intervención del futuro causante y su cónyuge, por todos o algunos de sus herederos forzosos; ello, a diferencia del Derecho italiano, que en el art. 768-*quater* del Código Civil exige la participación del futuro causante y su cónyuge en el pacto de familia, lo cual considera más atinado.⁶⁸⁸

Es dable preguntarse si además de los familiares pueden intervenir terceros respecto al protocolo familiar en tanto pacto parasocial, la respuesta es que sí y cabe remitirse a lo expuesto para el Derecho español. Al interior del pacto parasocial puede normarse el pacto sobre sucesión futura, respecto a este, las obligaciones las asumirán solo los herederos forzosos y el causante o los herederos forzosos entre sí. En efecto, se

⁶⁸⁵ CESARETTI, O. D. – CESARETTI, M., “La planificación de la sucesión en la empresa familiar y el nuevo C.C.C.N.”, en *XIII Congreso Argentino de Derecho Societario - IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, disponible en <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/7946/CDS130301543.pdf>, consultado el 9 de julio de 2021.

⁶⁸⁶ FAVIER DUBOIS, E. M. – FAVIER DUBOIS, E. M. (h), “La sociedad ‘holding’ y la sociedad ‘filial’ en el derecho argentino”, disponible en http://favierdubois.pagnolo.com/trabajos_doctrina, consultado el 9 de julio de 2021.

⁶⁸⁷ Cfr. VARGAS BALAGUER, H. G., “Empresa familiar y Pacto sucesorio”, *op. cit.*, p. 140.

⁶⁸⁸ *Ibíd.*, p. 143.

establece en el inciso final que podrán preverse “*compensaciones a favor de otros legitimarios*”.⁶⁸⁹

Este moderado fortalecimiento de la autonomía privada va en línea con la disminución operada en ese sistema jurídico respecto a las legítimas, reguladas en el art. 2445 del CCyCo.

Sin embargo, la autonomía privada sigue estando limitada en este aspecto en el Derecho argentino, según surge del art. 2449 del CCyCo: “*es irrenunciable la porción legítima de una sucesión aún no abierta*”.

Es posible preguntarse si esto implica que todos los legitimarios deban consentir el contenido del pacto protocolo familiar, ello ha sido sostenido por parte de la doctrina argentina.⁶⁹⁰ En otra perspectiva, tal asentimiento no es necesario, lo cual parece compatible, en efecto, privado el legitimario de la posibilidad de renunciar a la legítima, si la legítima es vulnerada para un heredero legitimario, sea o no otorgante, ello impactará en el negocio en cualquier caso.⁶⁹¹

Se debate en la dogmática argentina, en qué forma incide sobre el negocio el hecho de que se vulnere la legítima.

Algunos autores, desatendiendo al tenor literal del art. 1010 del CCyCo, opinan que de vulnerarse la legítima, los legitimarios afectados podrán reclamar la entrega de su legítima, el complemento o la reducción correspondiente, mas no “la nulidad”, lo que aplica también al cónyuge supérstite, en el caso del matrimonio separado de bienes, conforme al art. 505 y siguientes del CCyCo argentino; cónyuge supérstite concurre como legitimario –como un hijo–, según dispone el artículo 2433. En tanto, si el matrimonio se sujetó al régimen de comunidad de bienes –art. 463 y ss., del CCyCo–, las partes sociales o acciones son bienes gananciales –art. 465–. Al disolverse la comunidad por muerte, el cónyuge no comparece como heredero, por lo que

⁶⁸⁹ Cfr. CÓRDOBA, M. M., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*; t. V, Lorenzetti, R. (dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 743; *apud* VARGAS BALAGUER, H. G., “Empresa familiar y Pacto sucesorio”, *op. cit.*, p. 142.

⁶⁹⁰ CÓRDOBA, M. M., *Sucesiones, Derecho de Familia*, t. 1, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2017, p. 344.

⁶⁹¹ Cfr. FERNÁNDEZ COSSINI, E., “La importancia de los pactos del art. 1010 del CCyC. Su incidencia en el patrimonio familiar. Análisis a la luz de la legislación comparada”, disponible en http://www.cfna.org.ar/documentacion/noveles/2018_-_Fernandez_Cossini.pdf, consultado el 9 de julio de 2021.

cualquier acto de disposición le resulta irrelevante –art.498,últimaparte, del CCyCo–. Para la situación del cónyuge sobre los bienes propios del fallecido, es dable remitirse a lo señalado para el caso de separación de bienes: concurrirá como un hijo, según dispone el art. 2433, nal. 1 del CCyCo. Así el cónyuge, para esta postura dogmática que postula la validez del pacto aunque se vulneren sus derechos o los de los legitimarios, tendrá el derecho de recompensa regulado en los arts. 491 al 495 del CCyCo: la compensación si se trata de un bien propio del causante, pues a este respecto se lo considera legitimario (art.1010 párrafo 2º del CCyCo); el de oponerse a la partición solicitando la indivisión forzosa, si se configuran los recaudos del art.2332 del CCyCo;y finalmente pedir la atribución preferencial de las partes sociales o acciones, en los términos del art.2380 del CCyCo.⁶⁹²

Este último confiere ese derecho a los legitimarios o al cónyuge supérstite si entre los bienes que integran el patrimonio relicto se encuentran, en lo que interesa, la participación en un establecimiento comercial o industrial y quien lo solicita hubiera colaborado a su constitución, la que podrá secundarse solo si ello no afecta las disposiciones legales o las cláusulas estatutarias sobre la continuación de una sociedad con uno o varios de los interesados.⁶⁹³

La desconsideración a la explícita mención a “validez” del art. 1010 del CCyCo la fundamentan estos autores en una interpretación teleológica, señalando la gravedad de la consecuencia de sostener que el negocio será nulo, limitación que no existe en el Derecho comparado, refiriéndose a la solución en el Derechoitalianoque,comodijimos, indica expresamente que no hay colación o reducción de lo recibido en exceso respecto a la parte de libre disposición.⁶⁹⁴

En esa dirección, estos autores agregan que las porciones legítimas “*se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación*”, extendiendo la mención a donación a otras liberalidades (art. 2245), invocando además dificultades

⁶⁹² *Ibíd.*

⁶⁹³ LLOVERAS, N. B. – ORLANDI, O. – FARAÓN, F., “Comentario al art. 2380”, en Herrera, M. – Caramelo, G. – Picasso, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nacióncomentado*, t. VI, *op. cit.*

⁶⁹⁴ VARGAS BALAGUER, H. G., “Empresa familiar y Pacto sucesorio”, en *Revista Estudios de Derecho Empresario*, vol. 11, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, p. 140. De acuerdo con este autor, el legitimario reclamante podrá ejercer las acciones de entrega de la legítima (art. 2450 del CCyCo), de complemento (art. 2451 del CCyCo), de reducción (arts. 2417, 2452, 2453 y ss., CCyCo), o de colación (art. 2385 y ss., salvo la excepción establecida en el art. 2461, última parte, del CCyCo), según el caso en particular.

prácticas para la determinación. Abogando por la validez del negocio y su sometimiento a las reglas de las donaciones o en su caso, otras liberalidades que sobrepujan la libre disposición, con las posibilidades de parte de los damnificados que vienen de relevarse, se esgrime por esta corriente que el texto del art. 1010 del CCCN habilita a fijar en el pacto –protocolo familiar– “compensaciones en favor de otros legitimarios”, lo que puede consistir en cualquier bien susceptible de estimación pecuniaria, no solo en dinero.⁶⁹⁵ Esto último parece de recibo. Ciertamente, el término “compensaciones” no solo alude a dinero, Sin embargo, como veremos, la posibilidad de establecerlas en el negocio no incide sobre el debate respecto a cuál es el régimen de la estipulación que vulnera la legítima.

Respecto a los terceros perjudicados, en esa línea de razonamiento, si el pacto ha sido celebrado en fraude a sus derechos, podrán ejercer la acción revocatoria o pauliana (art. 338 y conc., CCyCo) o la acción de simulación si se configuran los recaudos establecidos por la ley (arts. 333, 336 y conc., CCyCo). También los acreedores pueden promover la acción de reducción (art. 2417 y ss., CCyCo), por la vía subrogatoria.

Llegados a esta instancia, podría afirmarse sin más que los protocolos familiares ingresan en la categoría convenios de sindicación, según la definición formulada en el presente, y son contratos asociativos, regulados por el art. 1442 del multicitado Código unificador del Derecho privado patrimonial en la Argentina, no habiendo solemnidad para expresar el consentimiento, y que en lo demás hay que remitirse a los Capítulos tercero a quinto. Sin embargo, la cuestión podría subsumirse en ese ámbito, en lo que nos interesa, en la medida en que el negocio no implique disponer de acciones o partes sociales para después de la muerte.

Al insertarse esta variable, cuando uno de los otorgantes es el causante, corresponde abundar en qué tipo negocial es posible subsumir a esta estipulación, contenida en el protocolo familiar, para precisar si el negocio es nulo por la referencia a la validez contenida en el art. 1010 y profundizar en qué elemento estructural del

⁶⁹⁵ Cfr. FERNÁNDEZ COSSINI, E., “La importancia de los pactos del art. 1010 del CCyC...”, *op. cit.*; en contra, ROLÓN, Avelino (h.), *Pactos sobre herencia futura permitidos en el Código Civil y Comercial*, p. 6, disponible en <https://es.scribd.com/document/458053766/DOCTRINA-Pactos-sobre-herencia-futura-en-el-CCC-ROLON-2>

contrato se presentaría la defección o si es válido y solo debe acudir a mecanismos legales tendientes a recomponer la legítima vulnerada, como lo ha hecho cierto sector de la doctrina argentina.

Si el pacto parasocial contiene este objeto, nos encontramos en un supuesto de sucesión contractual. Enseñaba Vaz Ferreira que la sucesión contractual es la que tiene como título un contrato o, según la terminología más frecuentemente empleada, un pacto sucesorio, pudiéndose distinguir diversas clases de pactos. El Derecho romano había ya establecido una clasificación de tales pactos, prohibió las convenciones celebradas entre dos sujetos, relativas a la sucesión de un tercero –*pactos hereditatetertii*–, salvo que el tercero lo consintiera y mantuviera la voluntad expresada hasta su deceso; además, la renuncia aun expresada al celebrarse un matrimonio, a una sucesión futura –*pacto de non succedendo*– y por último, aquellas convenciones por las que una persona instituía a otra como heredero –*pacto de succedendo*–. Agregaba el jurista uruguayo en cita que todo esto fue modificado por el Derecho francés del *ancienneregime*, considerando el modelo feudal, atendiendo a las preocupaciones nobiliarias y los deseos de las familias poderosas, de mantener “el brillo y esplendor del nombre” (sic). A estos efectos, se permitió al jefe de familia celebrar contratos sobre su propia herencia, surgiendo de esta forma la institución sucesoria contractual y la posibilidad de abdicar respecto a sucesiones futuras. Estoposibilitó que se indujera a las hijas a renunciar a la sucesión de sus padres para incrementar así la parte correspondiente a sus hermanos y en particular la del mayor, “*faire un aîné*”. La revolución retomó la prohibición romana por la Ley de 17 nivoso año II, y la prohibición pasó al Código francés y los posteriores códigos decimonónicos.⁶⁹⁶ En la posmodernidad, tales modelos de pactos se han exhumado –*mutatis mutandi*– en los sistemas continentales, no para mantener el castillo, sino para mantener la empresa.

El art. 1010 regula el posible objeto de un contrato, puede ser prescripta esa conducta en distintos tipos contractuales, en tanto se realice entre los sujetos habilitados, respecto a los referentes materiales indicados y con la finalidad requerida en la norma. Interesa al presente dicha regulación cuando fuera incluida en un pacto parasocial. De celebrarse este pacto sucesorio, se estará celebrando un contrato, aspecto sobre el que no hay hesitaciones y que desplegará efectos a la muerte del que transferirá las partes sociales o acciones. No se estipula en el enunciado del art. 1010 del CCyCo la

⁶⁹⁶VAZ FERREIRA, E., *Tratado de las Sucesiones*, t. VII, Ed. FCU, Montevideo, 1992, pp. 235-236.

posibilidad de colación o reducción, sino que se alude a la validez; se indica que estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

Corresponde determinar si el contrato es inmediatamente válido o eficaz al insertar la muerte como variable, y se alude a la no “afectación”, sea que participe el sujeto cuya muerte se está considerando o no lo haga.

Para los sostenedores de la tesis de que el sobrepasar las legítimas no incide en la validez del negocio, en lo que interesa al presente, a mi juicio, la estipulación contenida en el pacto parasocial de la que surge el pacto sucesorio se reconduce a un supuesto de donación modal. En ese caso, y desde esa perspectiva que desconsidera la mención del art. 1010 a la “validez”, la situación se resume a la posibilidad de realizar una donación modal sometida a plazo incierto –muerte–.⁶⁹⁷

El CCyCo, por el art. 1790 excluye las donaciones que, en cuanto a su perfeccionamiento, quedan condicionadas a la muerte del donante. Con esto se ha interpretado que el donatario no podría aceptarla hasta tanto ocurriese el fallecimiento del donante, de allí su prohibición y su asimilación como conversión del acto, al testamento (si las formas lo permitieran). En cambio, la dogmática de ese país ha admitido los contratos de donación con plazo suspensivo muerte –plazo incierto, *in diem mortis dilat*–.

Esta calificación tiene como consecuencia la aplicación de las normas en materia de donación a este negocio, incluidas las de los arts. 1569 y 1570 del CCyCo en materia de donaciones con cargo –modalizadas–. Si se reconduce el contrato a una liberalidad, debería reconducirse a todos los efectos.

Desde la perspectiva de la tipicidad, en esa visión, llevada hasta las últimas consecuencias, cabría señalar dos posibles caminos que conducen a la misma conclusión. Uno de ellos, el que viene de referirse, se trata de una donación; al otro, el del art. 1543

⁶⁹⁷MERLO, A., “Divieto dei patti successorie dattualità degli interessi tutelati Profili civilistici del Patto di famiglia”, p. 3, disponible en <https://elibrary.fondazione-notariato.it/art=02/0206&mn=2&arg=57>, consultado el 10 de julio de 2021.

del CCyCo argentino, asumiendo que se trata de una liberalidad que no encarta en una donación, igualmente se le aplicarán las normas en materia de donaciones, todas ellas.

Esta tesis resulta inviable en el Derecho italiano, donde los otorgantes futuros legitimarios renunciarán por habilitarlo la ley a su legítima, lo que constituye parte de la causa del negocio, saliendo por tanto del concepto, modo o cargo, cuya finalidad es morigerar el monto de la liberalidad.

La posibilidad de renunciar a la legítima no está prevista en el Derecho argentino, que solo regula la posibilidad de prever una estipulación para otro, contrato a favor del tercero, respecto a otros legitimarios.

El modo, se circunscribe a las pautas respecto a cómo deben proceder con lo que reciban, en esta tesis que sostiene que no es un tema de validez la vulneración de las legítimas, de los derechos del cónyuge o de terceros. En ese sentido, a través de este pacto se permite incidir, moderar las legítimas, limitando el destino de los bienes con la finalidad de preservar la unidad de actividad familiar.

Sin embargo, más que en ese régimen jurídico, la tipificación debe buscarse en las figuras del pacto sucesorio, que según surge del art. 1010, en el Derecho argentino se resumen a *pactos hereditate tertii* y al *pacto de succedendo*, resultando prohibido, el pacto de *non succedendo*, el que contiene una renuncia.

A su vez, la autonomía privada al celebrar los pactos admitidos se encuentra acotada, pues los mismos otorgantes no pueden renunciara hacer valer su legítima respecto a las partes sociales o acciones. En caso de pretender regularse la situación de los no adherentes, la situación se reconduce a una estipulación para otro y estos podrán o no aceptarla. Si lo hacen en vida del sujeto cuya sucesión se toma en cuenta, esto no impedirá que al igual que a los restantes otorgantes puedan reclamar la legítima a la muerte de causante.

Partiendo de los componentes personales del negocio, legitimarios, no se aprecia en el pacto el ánimo de liberalidad, salvo que se dispusiera respecto a la parte de libre disposición en su favor, pero en este caso la situación de todas formas ingresa en este negocio, que tiene por expresa disposición legal otra finalidad, diversa de un acto de liberalidad, mantener la empresa. Lo que se pretende es anticiparse por parte del titular del capital social a su sucesión, intentando regular las relaciones patrimoniales de

su familia, para que perdure su fuente de sustento y para el mantenimiento de un cierto orden, al igual que lo pretendía el señor feudal en los pactos del *ancien regime*, pero con otro contenido, o por parte de los futuros herederos, a evitar conflictos, como lo indica la disposición del art. 1010, que establece el contenido prescriptivo que debe tener el negocio para habilitar este objeto, de regla prohibido en su primer inciso.

Se trata de un nuevo tipo contractual que como tal puede insertarse en un protocolo familiar, protocolo familiar que puede excederlo por regular, por ejemplo, situaciones actuales, además de las que se verificarán a la muerte de uno de los otorgantes. El CCyCo justamente opta por limitar en cuanto a los posibles otorgantes y en cuanto al contenido los pactos sobre sucesión futura al regular los referentes de los negocios –objeto–.

La referencia a la validez, lejos de tenerse por no puesta, como se termina realizando en la *interpretatio abrogans* que efectúa la parte de la doctrina que hemos relevado, debe considerarse. Desde esa doctrina, la figura debe necesariamente reconducirse a una donación o a un tipo de liberalidad para que pueda invocarse como se invoca que aplicarán las normas en materia de protección de las legítimas.

Sin embargo, no parece consistente indicar que se está en un tipo negocial, pero luego, si se vulneran las legítimas, se pasa a otro tipo contractual y entonces, al calificarse como una donación o una liberalidad atípica aplican las normas en esa materia.

Si se celebra un pacto de sucesión futura en el Derecho argentino, este desplegará sus efectos típicos en lo atinente a este objeto –alguien dirá, bueno, pero pueden pactarse otros aspectos vinculados al manejo empresarial desde ahora– y este vulnera las legítimas, la consecuencia es la nulidad. Ante un negocio que involucra a una unidad de riqueza de cierto sujeto que conviene con sus familiares sobre ese referente material deberá este calificarse, según lo estipulado, como donación simple con o sin plazo incierto muerte, liberalidad atípica cuyo régimen se reconduce al de una donación simple y pacto de sucesión futura. Si el negocio califica en las primeras categorías, deberá aplicarse el régimen jurídico respectivo para el caso de vulneración

de legítimas por liberalidades. Si en cambio se califica como un pacto sobre sucesión futura, sucesión contractual y estas son vulneradas, la consecuencia es la nulidad y la aplicación del régimen sucesorio legal. Debe tenerse en cuenta además que estos tipos contractuales pueden estar combinados.

El negocio exhumado, un pacto sucesorio, convención por la cual el causante organiza su sucesión de acuerdo con otros interesados, o estos estipulando por sí, en vida del causante, transfieren o abdicen sus derechos, el referente material de este negocio es la herencia futura, el objeto, las normas creadas por el negocio. Se trata de un contrato que tiene como referente al todo o parte de una herencia futura y cuyo contenido concierne a su organización o a un aspecto de esa organización, e involucra a disposición o transferencias de derechos sucesorios eventuales o por crear reglas de distribución de herencia u otras cuestiones sucesorias.⁶⁹⁸

Al tratarse de una institución contractual de heredero debe recordarse que su origen no se encuentra en el Derecho romano (contrario, en la época clásica, a todos los pactos sobre sucesión futura), sino en las leyes bárbaras, donde los pactos sucesorios servían para suplir la ausencia del testamento, que los germanos desconocían. En el periodo feudal desempeñó un rol político al tomar los señores la costumbre de intervenir en los contratos de matrimonio de los hijos de sus vasallos para cuidar que estos designaran un heredero contractual y evitar de esta forma la vacancia de los feudos. Y luego la institución contractual fue un medio de mantener el esplendor del nombre, concentrando en cabeza del hijo mayor, en el momento en que funda una familia, el patrimonio de los antepasados, quedando reducida por la oposición de los romanistas a los contratos de matrimonio.⁶⁹⁹

Calificado como institución contractual de heredero, se distancia de la institución contractual clásica, que la doctrina asimilaba a la donaciones, entendiéndose que se aplicaba a esta figura lo dispuesto para las donaciones, salvo las derogaciones establecidas por la ley interpretadas estrictamente; sin embargo, por tener por referente material el suceder por causa de muerte, le son aplicables las normas relativas a la sucesión por causa de muerte. La responsabilidad del sucesor contractual a título universal o particular se rige por las normas en materia sucesoria respecto a la responsabilidad por las deudas hereditarias. En el CCyCo se distingue al heredero

⁶⁹⁸ GUSTAVINO, E. P., *Pactos sobre herencias futuras*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1968, pp. 74-77.

⁶⁹⁹ VAZ FERREIRA, E., *Tratado de las Sucesiones*, t. VII, *op. cit.*, p. 245.

universal del heredero de cuota, según lo dispuesto por el art. 2488, que configura esta variante; así se tratará de un supuesto de herederos de cuota si se indica en el contrato que el cincuenta por ciento de las acciones corresponderán a un heredero, el veinticinco a otro y el remanente a otro.⁷⁰⁰

Otro aspecto relevante se refiere a la aceptación de la herencia. El instituido por contrato tiene, como todo heredero, el derecho de optar por si acepta la herencia, que de regla en el Derecho argentino es bajo beneficio de inventario, o repudiarla.⁷⁰¹ Al consentir en el pacto sucesorio, el aceptante que sucederá al causante solo acepta la institución de heredero de cuota y las obligaciones que ello comportará, según lo regulado en el contrato.⁷⁰²

En cuanto al modo por el que adquieren los pactantes, es el modo sucesión y no tradición.⁷⁰³

De esta forma, el título de adquisición al momento de la muerte no será la sucesión testamentaria sino la contractual. Se trata entonces de otro tipo negocial, respecto al cual la forma no es solemne, por así establecerlo el propio art. 1010.

La variante en la regulación dice relación con la situación de las legítimas. Si se pacta una compensación y un no otorgante la acepta antes del fallecimiento, el

⁷⁰⁰ Sobre el concepto heredero de cuota y régimen jurídico, LLOVERAS, N. B. – ORLANDI, O. E. – FARAÓN, F., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, op. cit., comentario respectivo.

⁷⁰¹ Artículo 2321: Responsabilidad con los propios bienes. Responde con sus propios bienes por el pago de las deudas del causante y cargas de la herencia, el heredero que: a) no hace el inventario en el plazo de tres meses desde que los acreedores o legatarios lo intiman judicialmente a su realización; Libro Quinto. Transmisión de derechos... - Título V. Responsabilidad de los herederos y legatarios... Código Civil y Comercial de la Nación Comentado | 59 Comentario al art. 2321 b) oculta fraudulentamente los bienes de la sucesión omitiendo su inclusión en el inventario; c) exagera dolosamente el pasivo sucesorio; d) enajena bienes de la sucesión, excepto que el acto sea conveniente y el precio obtenido ingrese a la masa.

⁷⁰² Cfr. VAZ FERREIRA, E., *Tratado de las Sucesiones*, t. VII, op. cit., p. 248; contra FERNÁNDEZ COSSINI, E., “La importancia de los pactos del art. 1010 del CCyC...”, op. cit., p. 4.

⁷⁰³ LLOVERAS, N. B. – ORLANDI, O. E. – FARAÓN, F., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, op. cit., indican: “Entre los cambios relevantes del CCyC –según la exposición de motivos– se destacan: • distinción entre sucesores a los que se transmite una universalidad o una parte indivisa de la herencia – heredero legítimo, testamentario y de cuota– y a los que se transmite un bien particular o un conjunto de ellos, que son los legatarios; • precisiones en materia de aceptación y renuncia de la herencia; • regulación de la cesión de herencia; • determinación de la situación de los créditos y deudas del causante; • inclusión de normas que regulan la indivisión hereditaria, el proceso sucesorio y la administración de la herencia; • ordenación de la partición de la herencia y modificaciones en la partición por ascendientes; • disminución de las cuotas de legítima y la mejora al heredero con discapacidad; y • precisión en la regulación de la sucesión testamentaria, la supresión de la desheredación y el derecho hereditario de la nuera viuda”.

negocio se reconduce a una situación de estipulación para otro, pero ni el aceptante ni los otorgantes pueden renunciar a su legítima en vida del sujeto cuya futura sucesión se difiere contractualmente.

En lo referido a la conexidad, en las sociedades personales la muerte del socio extingue el vínculo. En las sociedades colectivas y en comandita simple, es lícito pactar que la sociedad continúe con sus herederos si esto surge del contrato, deberá estarse en cuanto a quién ingresa a lo previsto en el pacto sucesorio. Si no hay estipulación en el contrato social, se presentará una situación de imposibilidad de la prestación, salvo que se modifique el contrato social (art. 90 de la LSC argentina). Si la resistencia a modificarlo es injustificada, podrá estarse en un supuesto de daño indemnizable. En relación con las sociedades de responsabilidad limitada, si el contrato prevé la incorporación de los herederos, el pacto será obligatorio para estos y para los socios (art. 155 de la LSC argentina). Si no hay previsión en ese sentido en este tipo de sociedades, el vínculo no se extingue en tanto no hay norma específica que lo prevea, por lo que el conjunto de situaciones jurídicas correspondientes al estado de socio de que era titular el causante se transmiten a los sucesores, resultando aplicable el pacto sucesorio por el que se asigna el patrimonio relicto vinculado a las partes sociales en la empresa familiar. Sin embargo, puede estar prevista en el contrato social la muerte del socio como plazo resolutorio, en ese caso se presentará una situación de imposibilidad de la prestación, salvo que se modifique el contrato social. Si existía una regulación de venta preceptiva a los demás socios en caso de muerte, cláusulas de preferencia, y estos ejercen la opción, los sucesores indicados en el pacto sucesorio recibirán el importe respectivo según la asignación prevista en el pacto sucesorio, o se integrarán con menor porción de capital y recibirán dicho importe. Si no se ejerce la preferencia, se incorporarán al ser declarados herederos, inscribiéndose en el registro de comercio la variante en la titularidad, lo que la torna oponible a terceros (arts. 152 y 155). Similar situación se verifica si hay una previsión en el contrato social por la que se disponga que deba recabarse la conformidad de todos los socios. Solo una vez verificada esta, operará lo dispuesto en el pacto sucesorio.

En la sociedad por acciones, en lo referido a los accionistas, el conjunto de situaciones jurídicas propias del estado de socio se transmite a los herederos del causante y desplegará efectos lo dispuesto en el pacto sucesorio desde el momento de la muerte, en tanto en este se adjudicarán las respectivas acciones. Claro, esto deberá ser

declarado en el proceso sucesorio respectivo, luego se procederá a la inscripción en el registro de acciones que lleva la sociedad. De existir alguna limitación estatutaria, cabe remitirse a lo antes expuesto para las sociedades de responsabilidad limitada.

d) El régimen de los pactos parasociales en las sociedades cotizadas argentinas

La Ley de Mercado de Capitales argentina 26.831, en su art. 99, literal h), establece que toda persona física o jurídica que celebre pactos o convenios de accionistas, cuyo objeto sea ejercer el derecho al voto en una sociedad cuyas acciones están admitidas a la oferta pública o en la sociedad que la controle deberá informar a la Comisión Nacional de Valores, en forma directa, veraz, suficiente y oportuna, con las formalidades y periodicidad que ella disponga, de dichos negocios, ya título meramente enunciativo, según indica, se refiere a: i) pactos que creen la obligación de consulta previa para ejercer el voto; ii) limiten la transferencia de las correspondientes acciones o de valores negociables; iii) atribuyan derechos de compra o de suscripción de estas, o prevean la compra de esos valores; iv) en general, tengan por objeto o por efecto, el ejercicio conjunto de una influencia dominante en dichas sociedades o cambios significativos en la estructura o en las relaciones de poder en el gobierno de la sociedad, respecto de tales pactos, convenios o cambios en estos. Admite de seguido los pactos en que intervienen integrantes del órgano de administración (directores, administradores) o de fiscalización (síndicos, integrantes de la comisión de vigilancia), y se coloca por imperio legal en cabeza de aquellos la obligación de comunicarlos aunque no fueren parte, siempre que tuvieran conocimiento de su existencia. También para los accionistas controlantes.

En cuanto al procedimiento se indica que deben ser presentados ante dicha Comisión Nacional de Valores, luego de aclarar que el cumplimiento de esta obligación de comunicarlos y su eventual anotación por el organismo no implican el reconocimiento sobre su validez. Sin embargo, si no se comunican, la sanción es que según indica la norma carecerán de valor alguno.

La regulación aludea las denominadas sociedades cotizadas, esto es, una sociedad anónima, cuyas acciones se han reputado pasibles de comercialización en un mercado secundario oficial de valores y también a aquella sociedad que ejerza el control sobre la sociedad cotizada, tal como viene de definirse. Se establece la obligación de comunicar los pactos parasociales, lo que comprende como especie al convenio de sindicación de socios o accionistas (Capítulo primero, nal. 1.4), respecto a los componentes personales del pacto, cualquiera fuera, en tanto estamos ante un pacto parasocial deberá este ser comunicado. Es irrelevante a estos efectos la forma en que se hubiera expresado la voluntad, aunque por razones de prueba corresponderá la forma escrita.

La mención de valores negociables es apropiada en tanto tenga la misma incidencia en las materias que interesa al legislador que sean conocidas, la regulación del derecho de voto en la junta general y la libre transmisibilidad en el caso de esos valores.

Dicha publicidad constituye un requisito legal de eficacia (ver *infra* Capítulo tercero), previo a la inscripción el negocio será válido pero ineficaz. La solución es la misma de la legislación española. En cuanto al lapso no se indica en la ley, se trata de una situación de carga, imperativo del propio interés de los otorgantes. Respecto a los componentes personales de los pactos inscribibles, estos son los referidos en el Capítulo cuarto (nal. 4.1), lo que alcanza a los accionistas, beneficiarios de garantías, terceros, la propia sociedad, en tanto aquella lo otorgue; también si lo otorgan los integrantes del directorio o del órgano de fiscalización. El fundamento de los sistemas de negociación de valores negociables bajo el régimen de oferta pública se estructura sobre la base de los que se denominan “principios”, la protección del inversor, la equidad, la eficiencia, la transparencia, la no fragmentación y la reducción del riesgo sistémico (art. 39, LMV argentina).

Sin embargo, el interés de los inversores en cuanto a la información de las sociedades emisoras, destacada por la doctrina española⁷⁰⁴ como mecanismo de protección, se ve morigerado en el Derecho argentino, pues la Comisión Nacional de Valores establecerá las condiciones en que, a pedido de parte, por resolución fundada y por un periodo determinado, se podrá suspender la obligación de informar al público sobre ciertos hechos y antecedentes, incluido lo referido a los pactos parasociales, que no

⁷⁰⁴ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “La tutela jurídica otorgada al inversor...”, *op. cit.*, p. 251.

sean de conocimiento público y cuya divulgación pudiera afectar el interés social. Esa dispensa puede ser otorgada por tiempo indeterminado, cuando se trate de aspectos que a juicio de la Comisión Nacional de Valores se refieran a acuerdos que solo afecten los intereses privados de las partes.

En la legislación argentina no se regula un plazo máximo de duración de los convenios de sindicación inscribibles, estos en perjuicio del límite surgido de la conexidad contractual (ver *supra* Capítulo tercero, nal. 3.5). Lo mismo ocurre en cuanto a la forma de la desvinculación en caso de convenio sin plazo, que tendrá como límite los supuestos de abuso de derecho o lo regulado por los otorgantes.

El elenco de pactos que deben inscribirse es amplísimo. Deben inscribirse también los pactos parasociales que tengan como objeto el voto en el directorio, siempre que estos tengan por objeto o por efecto, el ejercicio conjunto de una influencia dominante en dichas sociedades.

En la legislación argentina, para determinar si debe inscribirse debe precisarse si el pacto tiene como finalidad influir de tal o cual manera en la sociedad, o establecer una cierta política, lo que comporta la ponderación en cada caso por parte del que tiene la carga de inscribir y del registrador.⁷⁰⁵

Obsérvese el juego que surge del Derecho positivo argentino; los pactos que tienen la posibilidad de incidir en la marcha de la sociedad, en la estructura de poder o en la transmisibilidad de los valores deben inscribirse. La finalidad en una norma de regulación del mercado de valores responde a dar publicidad, en las sociedades cotizadas, a aquellos pactos que puedan influir en una hipotética decisión del inversor e incluso en el propio funcionamiento del mercado de valores. La finalidad de un pacto que no consista en influir de manera estable en la gestión social o no apunte a lograr o consolidar el control de esta, entonces no hace que surjan del mismo otras consecuencias relevantes para los inversores, o para el mercado de valores en general. Este pacto no debería inscribirse. Sin embargo, existe una regulación específica que establece que cuando no interese a estos efectos el pacto, será la Comisión de Valores la que podrá eximir de la carga de dar publicidad al pacto. La consecuencia ante la no

⁷⁰⁵En contra, ALBELLÁ AMIGO, S., “Régimen de publicidad...”, *op. cit.*, p. 862.

inscripción es la ineficacia, por lo que en caso de valorarse que no se debe inscribir el pacto, debería presentarse a la Comisión y solicitarse la dispensa.

Es posible cuestionarse si quedarán alcanzados en el ámbito de la carga de inscribir, pactos celebrados por las minorías. Los fines regulatorios para la publicidad de los pactos parasociales podrían quedar comprometidos con independencia del capital afectado por el pacto; es una cuestión de hecho cuya trascendencia, solo tras la comunicación del pacto, podría calibrarse.⁷⁰⁶ Respecto a las sociedades controlantes cabe remitirse al análisis sobre el control societario realizado al analizar el Derecho español.⁷⁰⁷

En las sociedades cotizadas, entonces, los pactos deben tomar estado público en la forma relevada, este es un requisito legal de eficacia, en tanto tal, y en función de que el contrato genera normas individuadas para los otorgantes –relatividad–, no los torna eficaces respecto de terceros. En efecto, conceptualmente nunca puede ser eficaz un negocio respecto de un tercero. Cabe preguntarse si es oponible a terceros el pacto celebrado en una sociedad argentina cotizada, luego de la inscripción.

Alguna doctrina española distingue la buena o mala fe entre expertos y profanos, señalando que respecto a los primeros a los que denomina iniciados, parten para ello de un hecho cierto, que las limitaciones a la transmisión no son oponibles a la sociedad, agregan que no son oponibles a los terceros que contraten con los miembros del pacto parasocial, lo que también es cierto, esto es, no se protege a los pactantes acreedores, ante el incumplimiento de uno de ellos a la vez deudor. Pero en lo que no se comparte, agregan que la publicidad del pacto, no hace que el tercero deje de estar de buena fe. Es difícil comprender el concepto de buena fe que se sustenta, en efecto, si se trata del concepto de buena fe subjetiva, el mismo consiste en la protección del ordenamiento a un sujeto que ignora un hecho, en este caso ante la publicidad no puede asumirse que lo ignora, en definitiva estos autores entienden que debe demostrarse el conocimiento efectivo del pacto, ahora bien si estaba disponible su contenido, por ejemplo por publicación en la página web de la compañía el tercero lo debía conocer, entonces, la buena fe que se invoca no es tal. Pretenden que solo tendrían la carga de conocerlo los expertos, los “terceros iniciados” vg. operadores en el mercado de valores, competidores de la sociedad cotizada. La condición de expertos o iniciados, agregamos

⁷⁰⁶ Analizando el sistema español, YANES YANES, P., “Los pactos parasociales no comunicados”, *op. cit.*, epígrafe IV.2.1, *apud* MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 242.

⁷⁰⁷ ALGORTA MORALES, P., *El Control Societario en la ley de sociedades comerciales*, Ed. UM, Montevideo, 2013, pp.29-39.

nosotros entre ellos a los inversores habituales, a los profesionales, unida a la publicidad del pacto, podrían considerarse elementos suficientes para poner de manifiesto la falta de buena fe en la actuación del tercero. En ese caso plantean que debe suponerse que lo conocían y que el tercero experto deberá probar que no lo conocía.⁷⁰⁸ Más allá de la validez y eficacia del negocio. A mi juicio, tal razonamiento no es de recibo, ante la publicidad noticia en todos los casos debe suponerse que el tercero está de mala fe, si el mismo se sirvió de asesores y es demandado podrá repetir contra ellos, esto es contra los que lo asesoraron adquirir las acciones, aunque conocían o debían conocer la existencia del negocio.

En conclusión, aun inscripto el pacto, la transmisión es válida y eficaz, constituye un evento dañante respecto de los otorgantes del pacto parasocial, el sindicado incumplidor responderá por el incumplimiento de su obligación y el adquirente responderá extracontractualmente, salvo que demuestre que no conocía lo pactado, esto será particularmente difícil si tenía las competencias en razón de su formación, pues en ese caso, o lo conocía o debía conocerlos.

⁷⁰⁸MORENO UTRILLA, D., “Los sindicatos de bloqueo...”, *op. cit.*, p. 801.

CAPÍTULO SÉPTIMO

DERECHO BRASILEÑO Y URUGAYO

CONVENIOS DE SOCIOS Y ACCIONISTAS

LOS PACTOS PARASOCIALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y EL
DERECHO DE DAÑOS

7.1 Introducción

Como se ha indicado a lo largo de esta obra, la eficacia del negocio contrato se expresa, como consecuencia inherente al tipo, a través del surgimiento de una relación obligatoria, que de principio alcanza a quienes han dado origen a la misma, no a terceros, y solo radica en el patrimonio de los que lo consintieron.

El contrato es eficaz, o no lo es, genera o no genera efectos, pero no es eficaz respecto a alguien que no es parte inicial o subsiguiente, por sucesión a título universal o particular como en la cesión de contrato, salvo que la ley lo imponga. La noción de eficacia, dice relación solo con las partes. Los terceros, no se ven involucrados en las relaciones que genera el contrato, esto no implica que no deban abstenerse de interferir en las relaciones que el contrato genera, el respeto a aquellas es debido, a fin de evitar un ingreso ilegítimo a esfera jurídica ajena, al igual que ocurre con el respeto debido a situaciones de derechos reales.⁷⁰⁹

En el presente capítulo se analizan los sistemas brasileño y uruguayo, la publicidad de ciertos tipos de pactos en ambos regímenes y sus consecuencias, en lo que los vincula y diferencia de los sistemas tratados en el capítulo anterior, esto es, la existencia de normas que hacen aplicable a ciertas sociedades mediante un procedimiento (comunicación, inscripción en un registro público) lo editado en un pacto conexo al contrato social.

Respecto a los enunciados normativos de ambos sistemas, cabe remitirse a lo expuesto, en el Capítulo Segundo numerales 2.2.9 y 2.2.10, respectivamente, se tratan ahora los significados atribuidos a los mismos. Sobre, quienes pueden ser los otorgantes, los pactos omnilaterales, y la conexidad contractual, cabe remitirse al abordaje de derecho comparado realizado en los Capítulos Segundo y Cuarto, en cuanto al Objeto a lo señalado en el Capítulo Quinto.

En ambos sistemas, nos detendremos en las hipótesis en que se inscriben ciertos pactos, y las consecuencias de la inscripción, diversas a las que comporta en los sistemas que analizamos en el Capítulo Sexto.

⁷⁰⁹CAFARO, E. -CARNELLI, S. *Eficacia Contractual op. cit.*, pp. 49-51.

7.2 Derecho Brasileño

El Derecho brasileño en su Código Comercial de 1850 miró con desfavor a los pactos parasociales, como era clásico en la época. Al regular las “*companhias de comercio ou sociedades anônimas*”, su art. 302 estableció la nulidad de “*a cláusula ou condição oculta, contrária às cláusulas ou condições contidas no instrumento ostensivo do contrato*”

En 1940 en Brasil se dictaba el Decreto- Lei 2627/40, que en su art. 27, habilitaba la posibilidad de limitaciones a la circulación de acciones

En esa época la dogmática brasileña se centraba en el debate de la validez de los convenios de sindicación para el voto. Luego, llegó el proceso de industrialización al país continente y las modificaciones económicas y sociales que ello comportó. En los años sesenta, el Banco Nacional de Desarrollo Económico de ese país desempeñó un importante papel en la proliferación de la celebración de este tipo de negocios al condicionar el otorgamiento de líneas de crédito a la celebración de estos pactos. También incidió el aumento en la modalidad de *joint ventures* con la llegada de inversores extranjeros, aún sin una regulación específica del negocio en la legislación brasileña de la época.⁷¹⁰

La seguridad jurídica respecto a estos negocios no se evaluaba como satisfactoria en el Brasil en los años setenta del siglo pasado; aun se discutía entonces, respecto a la licitud de estos contratos conexos con el contrato o estatuto social, y estando vigente el artículo 302 del Código Comercial de 1850, se daban en la dogmática las clásicas valoraciones de ilicitud que pesaron sobre los pactos parasociales.⁷¹¹

⁷¹⁰ Así CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, V.F *Tratado de Direito Privado*, Tomo L, São Paulo, RT, pp. 298 y ss., no se encuentra en la obra de este tratadista bahiano, mención a otros contratos parasociales. CARVALHOSA, M. *Comentários à lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2, 3ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2003pp.514–516. *apud*. CONTI CRAVEIRO, M. *op. cit.*p. 59. n. 135

⁷¹¹ Diez años después del primer Código Civil se dictó en el Imperio del Brasil, la ley 1083 del 22 de agosto de 1860, pero la misma refería a la forma de confección de los estados contables y la forma de presentarlos antes las autoridades, no incidía sustancialmente en otros aspectos de funcionamiento societario. Cfr. RICARDINO FILHO, A.A - DE IUDÍCIBUS, S. - “A primeira lei das sociedades anônimas

Entre 1969 y 1973 Brasil vivió un importante crecimiento económico “*milagre brasileiro*”, Mas allá de la situación política imperante “*anos de chumbo*”. En 1976 ya detenido ese crecimiento económico luego de la crisis del petróleo, el país se manejó con un pragmatismo que implicó, por ejemplo, retomar relaciones con China, en ese contexto se produce la reforma de la legislación para las sociedades anónimas, actualmente vigente con modificaciones.

Esa ley, la número 6404 del 15 de diciembre de 1976 tuvo como explicito objetivo crear un modelo de sociedad anónima adecuado a la organización y funcionamiento de la gran empresa privada requerida por el estadio de la economía brasileña.⁷¹²

Los juristas encargados del anteproyecto de dicha ley -que solo regula las sociedades anónimas-, Dres. Lamy Filho y Bulhoes Pedreira tomaron como modelo la ley alemana de 1965 y tuvieron a la vista lo que ocurría en el derecho norteamericano, de esta forma se dictó el texto completo y organizado vigente hasta la actualidad que incluyó aspectos hasta entonces ignotos en aquel país al decir de la dogmática brasileña actual. En lo que interesa al asunto, en la ley se regularon los nominados acuerdos de accionistas.

Los autores del anteproyecto expresaron por qué motivo decidieron la regulación, que no se limitó a expedirse respecto a su validez, expresando que el “*art.118 regula o acordo de acionistas – modalidade contratual de prática intensa em todas as latitudes, mas que os códigos teimam em ignorar .Ocorre que essa figura jurídica é de maior importância para a vida comercial, e a ausência de disciplina legal é, certamente, a causa de grande número de abusos e malefícios que se lhe atribuem*”⁷¹³

Como destaca Conti Craveiro, lo hicieron con verdadera audacia, al regular los efectos ante la sociedad, terceros y la ejecución forzada específica de las obligaciones asumidas. Aunque dichas consecuencias estuvieran acotadas exclusivamente a ciertas materias que, insertas en el contrato, comportan estos efectos si se cumplen con los requisitos previstos en el art. 118. Para obtenerlos, basta que los accionistas soliciten el depósito a la sociedad, a su administración, y

no Brasil: lei nº 1.083 - 22 de agosto de 1860” disponible en <https://www.scielo.br> consultado el 14 de agosto de 2021

⁷¹²Cfr.LAMY FILHO, A. – BULHÕES PEDREIRA, J. L., *A Lei das S.A.*, Rio de Janeiro, Renovar, 1992, p. 135; *apud* CONTI CRAVEIRO, M.*op. cit.* p. 60.

⁷¹³ *Ibid.* p. 238; *apud*.CONTI CRAVEIRO, M.*op. cit.* nota.141

así el pacto sobre las materias referidas en el artículo 118 se torna obligatorio para la sociedad.⁷¹⁴ Las materias son, ejercicio del derecho de voto, compra venta de acciones y preferencia para adquirirlas.

Esta realidad hizo obviar -en adelante- a la dogmática brasileña el debate en torno a la admisibilidad con carácter general que quedaría reducido a otros tipos sociales, o en su caso, aun para la sociedad anónima a otras materias.

Las situaciones jurídicas emergentes de los convenios de sindicación son obligaciones, por ello, son pasibles de incumplimiento. Entonces el debate central en la dogmática brasileña se centró en, si los pactos de accionistas podían ser títulos ejecutivos extrajudiciales.

Para cierto sector de la doctrina de ser atendidos los presupuestos formales de instrumentación del negocio y comunicación, si lo eran.

Determinado que sí, se abría otra cuestión, analizar si todas o solo algunas de las obligaciones asumidas eran pasibles de ejecución específica y concretamente si lo eran las de hacer y las de no hacer. Respecto a las obligaciones de dar, considerando que en el derecho brasileño no existen las acciones al portador, el debate se planteaba en lo referido a si podía o no, concebirse en la transmisión de la calidad de accionista, la ejecución de una obligación de dar, de transmitir las acciones de las que el sujeto era titular, pues en dicho sistema solo se admiten las acciones escriturales o nominativas. En lo referido a las obligaciones de hacer y no hacer las mismas pueden en ese sistema ejecutarse in natura aun las que consisten en emitir una declaración de voluntad. La mayor complejidad, en este caso se presenta respecto a quien determinaba la existencia de incumplimiento, en particular si era necesario una fase previa de conocimiento donde la justicia analizara si se incumplió el pacto parasocial. Los autores que entendían que esa fase no era necesaria, destacaban lo trascendente de explicitar de modo claro en cuanto al contenido y a la forma de los enunciados de los que era posible inferir las normas base de las obligaciones, el programa de conducta prescripto. El tomar partido respecto a si era o no necesario la fase de conocimiento era un aspecto central en el

⁷¹⁴MAIA ABRAÃO, E. L. “Acordos de acionistas típicos e atípicos” en: ULHOA COELHO, F.(Coord.). *Tratado de Direito Comercial*, Vol.4, Ed. Saraiva, San Pablo, 2015, p. 64.

asunto, como se comprenderá, la existencia de un proceso que podría tardar años para determinar si hubo incumplimiento hacía que las consecuencias prácticas de la celebración del pacto decayeran cuando uno de los otorgantes obraba de mala fe. Otro aspecto discutido refería a la situación del accionista incumplidor de votar en el sentido definido por el sindicato que integraba, entendiéndose que en caso que no lo hiciera - incluso determinado que fuera por un proceso de ejecución extrajudicial- el acreedor solo tenía la posibilidad de demandar los daños y perjuicios sin que el juez pudiera sustituir su voluntad por una parte de la doctrina.⁷¹⁵

En el capítulo noveno volveremos sobre este debate, que es enteramente aplicable, al hoy vigente derecho uruguayo.

Con este panorama, el legislador brasileño intervino nuevamente a principios de este siglo, y por ley 10303/2001 reguló con más detalle el negocio procurando de parte de los otorgantes y los órganos sociales, un verdadero homenaje kantiano a las normas jurídicas individuadas emergentes de estos negocios.⁷¹⁶

Así se estableció en el § 6, que un acuerdo de accionistas cuya vigencia fuera fijada en función del plazo resolutorio o de la condición resolutoria, solo podía ser “denunciado” siguiendo sus estipulaciones, explicitándose que no era admisible la pretensión de desvincularse antes.

También se facilitó la actuación por mandatario con poder al efecto, habilitando el otorgamiento al apoderado de un mandato en los términos del pacto de accionistas, para votar en asambleas generales o especiales, en contra o a favor de cierta posición. El § 1º del artículo 126 de la ley, limita la posibilidad de hacerse representar en las asambleas, indicando en lo vinculado al plazo que el poder no debe tener más de un año de antigüedad. Posteriormente se posibilitó con la reforma que tal limitación no aplique en este caso.

Incluyó la reforma el ejercicio del poder de control como regulación que, de seguirse los requisitos previstos devendría oponible a la sociedad.

⁷¹⁵ MIRANDA, E. A., *Execução Específica dos Acordos de Acionistas*, op. cit. pp. 50-70

⁷¹⁶ Señala Mijail Malishev, “la originalidad de la ética kantiana está determinada por su universalismo, su alta apreciación de la autonomía del individuo y el estricto desinterés de actuar éticamente (...) el imperativo categórico es un legislador interno, cuyas órdenes liberan de la sumisión ciega a las demandas externas y a los impulsos personales” MALISHEV, M. “Kant: ética del imperativo categórico”, Rev. *La Colmena* N°. 84, Año 2014, México, Universidad Autónoma del Estado de México, p. 9.

Así los sindicatos de accionistas pueden reunirse previamente y comunicar lo decidido a la sociedad, y la misma sabría que si alguno de ellos votaba en sentido diverso, estaría incumpliendo las obligaciones asumidas.

Reguló, además, sin ambages la posibilidad de sindicarse para el órgano de administración.

Colocó, asimismo, a los integrantes de los órganos sociales en posición de conferir satisfacción al interés del acreedor de las obligaciones surgidas del pacto; aun contra toda resistencia. Esto último, sin necesidad que el acreedor, tenga que acudir a la justicia, para luego de un proceso conformarse con la indemnización de los daños sufridos.

Dispone el § 8 que el presidente de la asamblea o del órgano colegiado de que se trate, no computará el voto emitido en infracción del pacto de accionistas debidamente archivado en la sociedad. El accionista sindicado o el director obligado por el convenio de sindicación, puede no asistir a la asamblea o al órgano de administración, por su propia voluntad o por causa extraña no imputable. El § 9, permite la ejecución in natura de la obligación con una auténtica fungibilidad de la voluntad fuera de los estrados, se le asegura por ley la posibilidad de votar al otro sindicado, en el caso de asambleas de accionistas, y en el caso del consejo de administración lo hace el consejero electo por la parte perjudicada. El § 10 refiere que el sindicato deberá designar representante a efectos de centralizar en una persona la comunicación con la sociedad, lo que parece apropiado. El § 11 preceptúa que la sociedad podrá solicitar que se explique lo que surge de los enunciados del convenio, es decir, solicitar el *“esclarecimiento sobre sus cláusulas”*.

Se trata de no dejar espacio al incumplimiento. Se procura evitar que el obligado haga algo que atente contra la situación jurídica creada, y que no pueda evadir la situación de obligación.

Si se entiende al incumplimiento, como un evento dañoso que genera una nueva obligación de indemnizar,⁷¹⁷ siempre que existan daños (*id quod interest*), el asunto se ubica en la función preventiva de la responsabilidad civil, que comporta adoptar las medidas necesarias para no lesionar a otro. Se trata de una tutela inhibitoria que busca prevenir el daño, garantizando así la intangibilidad del acreedor; lo que implica que la situación jurídica no se modifique, lo que se ha denominado derecho a la indemnidad.⁷¹⁸

Surge de la regulación actual del art. 118 se procura evitar la acción dañoso, obturar la verificación del evento dañante, el incumplimiento. De esta forma se procura la ejecución específica y la obtención por vía abreviada de la satisfacción del interés del acreedor, se busca que se concrete lo pretendido en función de la situación jurídica de crédito a la que sirve el mecanismo creado, evitando que se verifique el incumplimiento y nazca así la obligación indemnizatoria. Desde las posturas que entienden que con el incumplimiento no se genera una nueva obligación sino una variación en el contenido de la prestación (*perpetuatio obligationis o aestimatio rei*) procuran que no se verifique la sustitución de la prestación debida por una indemnización.⁷¹⁹

Una regulación que consagra la tutela preventiva o inhibitoria, ya no se trata del Estado que en ejercicio de función administrativa ejerce un poder de policía; tampoco de función jurisdiccional, que trata de evitar que el transcurso del tiempo haga carecer de materialidad a otras medidas jurisdiccionales, ni siquiera, se trata de un supuesto moderno, de tutela inhibitoria de tipo jurisdiccional donde se acude a los poderes públicos para que inhiban lo que puede causar el daño. La prevención en esta regulación se ubica fuera de los estrados, se procura que no exista posibilidad de incumplir, es la intención de solucionar el atávico problema del incumplimiento, volverlo imposible, por actos humanos.

En este panorama regulatorio, al igual que ocurre en casos de cumplimiento a través de mecanismos automáticos, las partes se enfrentan a un

⁷¹⁷GAMARRA, J. *Responsabilidad contractual*, T.I, Ed. FCU, Montevideo, 1996, p. 11; MARIÑO LÓPEZ, A., *Fundamentos de la responsabilidad contractual*, 2ª. edición, Ed. Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2008, pp. 72 y ss.

⁷¹⁸LLAMAS POMBO, E.. “La tutela inhibitoria del daño -la otra manifestación del Derecho de Daños-”, en: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 2206.

⁷¹⁹ En el Capítulo Noveno al analizar la responsabilidad civil volvemos sobre el asunto.

escenario precontractual en el que están obligadas a trazar en detalle una regulación pormenorizada (Capítulo Quinto).

Aquí se traslada el debate respecto a cuan bueno es no permitir al deudor incumplir. En esa línea puede señalarse que evitar daños injustos es valioso éticamente y eficiente económicamente, pues no es ya necesaria la acción para la obtención de la pretensión, sino que se trata de una pretensión preventiva. Antes que el derecho, en este caso el crédito haya sido efectivamente lesionado, se busca evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada. Podría replicarse a esto, que el crédito se ve lesionado por un instante cuando quien debía votar en el sentido decidido no lo hace, sin embargo, no se genera el daño, pues quien está indicado en la norma deberá votar en lugar del omiso o incumplidor. Solo si este último no lo hiciera, se generará el daño, cabe preguntarse en ese caso quien será responsable o si lo serán ambos, esto depende de la postura que se asuma en materia de causalidad.⁷²⁰

Esta pretensión de excluir el incumplimiento, al verificarse un supuesto de hecho previsto en la ley, que colocan en situación de obligación al presidente de la asamblea, por ejemplo que no debe computar el voto, fue criticada por Giorgio Oppo – creador de la expresión “*parasociale*”.- Ya en la anterior redacción del art. 118 valoraba este autor italiano la regulación brasileña de forma negativa, no le

⁷²⁰En el Derecho Brasileño se sigue la tesis de la causa directa o inmediata, aunque matizada, utilizándose en ciertos casos la causalidad adecuada, así se ha señalado que “*a abstração, característica da investigação do nexo causal segundo a teoria da causalidade adequada pode conduzir a um afastamento absurdo da situação concreta, posta ao acerto judicial*”, aunque esta tesis se ve morigerada: “*Portanto, a despeito de reconhecermos que o nosso Código melhor se amolda à teoria da causalidade direta e imediata, somos forçados a reconhecer que, por vezes, a jurisprudência adota a causalidade adequada, no mesmo sentido.*” STOLZE, P. PAMPLONA FILHO, R., *Novo Curso De Direito Civil - Responsabilidade Civil* - Vol. 3 - 17ª, Ed.Saraiva, Brasil, 2019, pp. 149-151. Sin embargo tampoco en ese país resulta prístina la aplicación en todos los casos de una postura u otra, para un breve relevamiento de la dogmática brasileña puede consultarse, POZZI KRETZMANN, R. “Nexo de causalidade na responsabilidade civil: conceito e teorias explicativas” disponible en <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/08/900ca64d-nexo-de-causalidade-na-rc-renata-k.pdf>, consultado el 17 de agosto de 2021. y LEITE, G. “Apontamentos sobre o nexo causal” dispone en <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/08/900ca64d-nexo-de-causalidade-na-rc-renata-k.pdf>, consultado el 17 de agosto de 2021. El tema de la causalidad en el derecho civil, es un tema donde tienen particular incidencia, los heurísticos y sesgos cognitivos en las decisiones judiciales.

parecía del caso hacer de la sociedad un vigilante, un gendarme, del pacto realizado a sus espaldas.⁷²¹

Señalábamos supra (num. 3.5 lit. a) que, en el Derecho brasileño, el convenio de sindicación, cuando es celebrado por accionistas de una sociedad anónima y se cumplen los requisitos previstos en las respectivas leyes de sociedades, incide sobre lo principal colocando a la sociedad en situación de obligación, pues genera normas jurídicas que la sociedad comercial, actuando por intermedio de sus órganos, debe observar.

Sin embargo, en ese país se ha discutido si el ámbito subjetivo de aplicación excede estas situaciones, si podría entenderse aplicable lo dispuesto en el art. 118 de la ley de sociedades anónimas, para pactos conexos con otros tipos sociales, siempre que tuvieran como objeto los mencionados en dicho artículo.

El art. 997 del Código Civil brasileño establece que es ineficaz -en relación a terceros- cualquier pacto separado, contrario a lo dispuesto en el instrumento del contrato, *nihil novum sub sole* (infra Capítulo Tercero).

No hay otra regulación específica respecto a los pactos parasociales conexos con los restantes tipos societarios. Por lo que son aplicables las consideraciones efectuadas a lo largo de esta obra respecto a los distintos órdenes jurídicos para tipos sociales donde no existen mecanismos para obligar a la sociedad o hacer oponible un pacto parasocial a terceros en caso de celebrarse convenios de sindicación.

En Brasil, cabe detenerse en la sociedad limitada para precisar si resultan alcanzados los acuerdos entre los titulares de cuotas sociales por lo dispuesto en el art. 118 de la ley de sociedades anónimas. En otros términos, la aplicación subsidiaria a las sociedades de responsabilidad limitada.

Con la entrada en vigencia del Código Civil de 2002, las sociedades limitadas brasileñas se regulan por lo dispuesto en los arts. 1.052 a 1.087 y se aplicaría en subsidio del art. 1.053 lo establecido para las sociedades simples (arts.

⁷²¹OPPO, G. “Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società”, in *Riv. Di Diritto Civile*, Nº. 6, Año 1987, p. 530.

997 a 1.038), aunque se reserva a la autonomía privada pactar que pueda aplicarse, en todo lo no dispuesto para las sociedades limitadas, lo establecido para las anónimas. La dogmática debate cuales son los alcances de esa posible remisión, con distintas posiciones.⁷²² Esto no tiene impacto en la validez del pacto, a cuyo respecto cabe remitirse a lo desarrollado en los capítulos tercero, cuarto y quinto, sino lo relevante es si resulta entonces de aplicación lo dispuesto por el art. 118 en lo vinculado a la eficacia y oponibilidad.

En el derecho brasileño a su vez corresponde distinguir entre sociedades simples y empresarias. Una sociedad limitada es empresaria si la organización de los factores de producción, dirección y planeamiento de las actividades apuntan a la obtención de ventajas o provechos y la asunción de pérdidas. Para caracterizar a las sociedades simples se indica que si bien también tienden a distribuir ganancias y soportar pérdidas no se organizan como empresa. Más allá de este aspecto cuya complejidad es evidente, existen ciertas sociedades limitadas que si se destinan a ciertas actividades se califican como simples (art. 966 y 982 del CC brasileño). Se percibe sin dificultad, paradójicamente, las dificultades de la distinción.

A su vez cabe distinguir dos tipos de sociedades según la posibilidad de desvincularse de los socios. Señala Morgenstern Kugler siguiendo a Ulhoa Coelho, que existen dos subtipos de sociedades limitadas, considerando como criterio clasificador la posibilidad del socio de abandonar la sociedad, aun inmotivadamente, de la sociedad conforme la posibilidad prevista en el artículo 1029 del Código Civil brasileño. Si el socio puede desvincularse en cualquier momento, a este tipo de sociedad se le llama, apropiadamente *sociedad inestable*. Se trata de una sociedad contratada por plazo indeterminado a la que se van a aplicar las normas en materia de sociedades limitadas simples, sea porque lo previeron los

⁷²²MORGENSTERN KUGLER, H. *Os acordos de sócios nas sociedades limitadas*, Ed. Quartier Latin, San Pablo, 2014. p. 209; también CORVO, E. “Acordos de Sócios de Sociedades Limitadas à Luz do CC/2002” en: ADEMEK, MARCELO VIEIRA VON (Coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*, Quartier Latin, San Pablo, 2011, p. 92.

socios, o aún si nada han previsto al respecto, en cuyo caso podrán aplicarse lo dispuesto en dicho artículo 1029.

En cambio, si los socios pactan como ley aplicable en subsidio, la de sociedades anónimas 6404/76, los mismos no podrán desvincularse por no resultar aplicable el mentado art. 1029. A esta sociedad se le ha denominado en la dogmática brasileña, *sociedad estable*.

Las sociedades empresarias deben organizarse siguiendo ciertos tipos preceptivamente indicados. En Brasil según surge del Código Civil de 2002 que unificó el derecho privado, existen cinco tipos de sociedades empresarias con personería jurídica: la sociedad colectiva (arts. 1039 a 1044), la sociedad en comandita simple (arts. 1045 a 1051), la sociedad limitada (1052 a 1087) y la sociedad anónima mencionada en los artículos 1088, para cuya regulación el art. 1089 reenvía a la ley 6404/1976, lo que hace también para la sociedad en comandita por acciones (arts. 1090 a 1092).

Dentro de las sociedades limitadas podrán existir entonces sociedades limitadas simples, que se van a regir por los arts. 1052 a 1087 del CC brasileño, y por las reglas de las sociedades simples y sociedades limitadas empresarias las que se van a regir por los artículos 1052 a 1087 del CC brasileño y en lo no previsto allí y según determinen sus socios, (art. 1053) por la ley de sociedades anónimas 6.404/76.

Ese artículo 1053 establece que la sociedad limitada se rige en las omisiones del capítulo por las reglas de las sociedades simples, pero agrega que el contrato social podrá prever que se rijan de forma supletoria por las normas para las sociedades anónimas. Para que esto ocurra, basta la existencia de una cláusula expresa en el contrato social.

Con base en este panorama de enunciados normativos, se han ensayado al menos tres interpretaciones.

Una de ellas indica que si se prevé en el contrato social, las normas en materia de sociedades anónimas serán aplicables sí y solo sí la solución no se encuentra en lo previsto en los artículos 1052 a 1087 del CC brasileño y en los

previstos para las sociedades simples. De esta forma, hay que acudir a la regulación para las sociedades limitadas, luego a las normas que regulan las sociedades simples y en subsidio, si aún no se encuentra la solución, a las normas en materia de anónimas si así se prevé en el contrato. Esta interpretación finca en la interpretación literal del art. 1053 que dispone que la sociedad limitada se rige, en las omisiones de los arts. 1051 a 1087 por las normas de las sociedades simples o sea que allí habría que acudir en primer lugar, a la disciplina de las limitadas que se complementa con la de las sociedades simples y luego si las partes lo hubieran pactado, a las reglas de las sociedades anónimas.

En una segunda postura la primera parte del art. 1053, es flexibilizada por su inciso siguiente “parágrafo único”, y entonces se confiere a los socios autonomía privada para aplicar directamente las normas de sociedades anónimas a todo lo no previsto para las sociedades limitadas, sin tener que transitar previamente por las normas en materias de sociedades simples. De esta forma no es necesario para llegar a la regulación en materia de sociedades anónimas que el asunto, tampoco estuviera regulado en el ámbito de las sociedades simples.

En una tercera asignación de significado a los mismos enunciados normativos, se entiende que conforme a la autonomía privada es posible pactar la aplicación íntegra de las reglas de las sociedades anónimas, debiendo recurrir a las normas en materia de sociedades simples solo cuando los artículos 1052 a 1087 hacen expresa remisión a las mismas, de modo tal que en puridad se estarían aplicando las normas en materia de sociedades limitadas y luego las de anónimas en subsidio.⁷²³

Habiéndose pactado la aplicación de las normas en materia de sociedades anónimas a las sociedades limitadas brasileñas, algunos autores, han sostenido que si se pacta en el contrato social *que resultan de aplicación a las sociedades limitadas las disposiciones de las sociedades anónimas*, para obtener los efectos previstos en el art. 118, es suficiente para este tipo social que el pacto sea

⁷²³MORGENSTERN KUGLER, H.*op.cit.* pp. 81-103.

archivado –depositado, son términos a mi juicio equivalentes- en la sede social y que verse sobre las materias admitidas en dicho artículo, resultando así obligada la sociedad.⁷²⁴ En las sociedades limitadas no existe un libro de registro de cuotas similar al de registro de accionistas, la participación de cada socio surge del contrato social, por lo que se propone el registro del pacto parasocial en la Junta Comercial (ley 8934/1994) abriéndose así el debate respecto de si se trata de un acto inscribible.⁷²⁵

Puede tratarse de acuerdos que versen sobre otras materias distintas de las reguladas en el art. 118, o tratándose de esas materias, no se hubieran inscripto; en ese caso aún para los autores que admiten la aplicación del art. 118 de la ley de sociedades anónimas, no sería aplicable. Otros sugieren que en ese caso comparezca la sociedad o sus administradores; para procurar generar los efectos previstos en dicho artículo, cabe remitirse al respecto a lo expuesto en el Capítulo Cuarto (4.1. g).⁷²⁶ Otras autoras señalan que no es posible, en ningún caso, aplicar los mecanismos previstos en el art. 118 aunque se trate de las materias referidas en dicho artículo y sea otorgado por los socios. Para estas autoras para asegurarse que la sociedad limitada resulte obligada, también la sociedad limitada debe otorgarlo, aquí se abre otro debate en torno a si la sociedad puede ser parte del acuerdo, cabe remitirse a lo señalado en el Capítulo Cuarto. ⁷²⁷

Para los que sí entienden la aplicación lo dispuesto en el art. 118 de ley de sociedades anónimas para las limitadas, siempre que los socios hayan optado por el régimen de las anónimas como régimen supletorio corresponderá -al igual que para las sociedades anónimas- designar un representante ante la sociedad. También

⁷²⁴ CORVO, E. *ibid.*

⁷²⁵ CRUZ CREUZ, L.R. *Acordo de Quotistas*, Ed. IOB Thompson, San Pablo, 2007, p.101; FRANKLIN ROCHA, E.A. *Acordo de Quotistas nas Sociedades Limitadas*, Arraes Editores, Belo Horizonte, 2011, p. 109.

⁷²⁶ MAIA ABRAÃO, E. L. *Acordos de acionistas típicos e atípicos*. Tratado de Direito Comercial, Vol. 4, ULHOA COELHO, F. (Coord.). Ed. Saraiva, San Pablo, 2015. p. 66; *apud* PACHECO DO AMARAL, J.P. “Acordo de quotistas”: validade, eficácia e execução específica (de acordo com o novo Código de Processo Civil)” en *Rev. de la Fac. de Derecho de la Universidad, São Judas Tadeu*, N° 4, segundo semestre de 2017, p. 242.

⁷²⁷ NIOAC PRADO, R.; FRANCO DONAGGIO, R. “Sociedade Limitada versus Sociedade por Ações: algumas características atualmente determinantes na estratégia societária de se optar por um dos tipos. Acordo de Acionistas e de cotistas: cláusulas relevantes”; en NIOAC PRADO, R.; MONTEIRO PEIXOTO, D.; DINIZ DE SANTI, E. (Coord.). *Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório*. 2ed., Ed. Saraiva, S.P 2013, p. 54, *apud* PACHECO DO AMARAL, *ibid.*

resultará aplicable a los pactos parasociales lo dispuesto en dicho artículo respecto a los otorgados con plazo, en cuyo caso, solo se habilita la desvinculación del otorgante por justa causa.

Si se otorga el pacto parasocial sin plazo determinado, cierto sector de la doctrina admite el retiro sin motivación o incluso intempestivo, con el clásico argumento vinculado a la inadmisibilidad de una vinculación perpetua y argumentándose adicionalmente que el socio de una limitada puede salir de la sociedad sin justificación siempre que no incurra en una situación de abuso de derecho.⁷²⁸

Corresponde distinguir a los acuerdos celebrados en las sociedades limitadas simples, de las empresariales. En estas últimas puede pactarse la aplicación de las normas en materia de sociedades anónimas. Respecto a las limitadas simples tales acuerdos no producen efectos para la sociedad, por la vía del artículo 118 de la ley de sociedades anónimas, pues no pueden seguirse los procedimientos previstos en el art. 118 con esas consecuencias, en tanto se trata de un tipo social al que no resulta aplicable dicho artículo, en ningún caso.⁷²⁹ Parte de la doctrina brasileña entiende que independientemente de la aplicación de las normas en materias de sociedades anónimas a las limitadas, el artículo 118 no resulta aplicable subsidiariamente a los contratos parasociales de *otros tipos societarios* y tampoco a los de las sociedades limitadas, por lo que los efectos previstos en la ley si se cumplen los requisitos allí establecidos no se van a verificar, más allá que como hemos sostenido a lo largo de esta obra serán válidos y eficaces los pactos, dentro de los límites de la licitud desarrollados en el capítulo destinado a objeto y causa.⁷³⁰

⁷²⁸FRANKLIN ROCHA, E. A. *Acordo de Quotistas nas Sociedades Limitadas*, Ed. Arraes, Belo Horizonte, 2011. pp. 133-136.

⁷²⁹Cfr. BULGARELLI, W., “Anotações sobre o Acordo de Cotistas” en *Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, N°98, Ed. Malheiros, abril/junio, San Pablo, 1995, p.49; CORVO, E.*op.cit.*, pp. 91-92. Contra LOBO, J.*Sociedades Limitadas*, Vol. I, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 256. Para quien es posible mediante la inscripción en el Registro Mercantil obtener ese efecto aún en las sociedades simples; ambos, *apud*.MORGENSTERN KUGLER, H., *ibid.* p. 237.

⁷³⁰CONTI CRAVIERO, M. *op. cit.* p. 60; VERÇOSA, H. M. D., *Curso de Direito Comercial*, Vol. 2, Ed. Malheiros, San Pablo, 2006, p.160.

Los remedios con los que cuenta el acreedor, en los casos en que no resulta de aplicación el art. 118 y se verifica el incumplimiento, varían según las diversas posturas de los distintos autores, algunos sostienen que el incumplimiento, solo generará el derecho a que se indemnicen los daños, correspondiendo al acreedor la prueba del daño y su conexión con el evento dañoso, etc, pero sin poder requerir la nulidad del voto proferido contra lo que surge del pacto parasocial.⁷³¹

Otros autores en cambio se manifiestan de acuerdo con que no resulta de aplicación a todos los tipos sociales, salvo para el caso de la sociedad limitada empresaria donde si aplica lo establecido en el art. 118 para las sociedades anónimas, y agregan que el artículo 118 de la ley de sociedades anónimas brasileña, es aplicable al acuerdo de socios en la sociedad empresarial, de esta forma resultarán oponibles a terceros una vez cumplidos los requisitos previstos.⁷³²

La regulación de las sociedades limitadas, que presenta complejidades en el Derecho brasileño, por las diversas categorías que juegan en la regulación, ha llevado a cierta doctrina a calificar el tratamiento legislativo de la regulación de este tipo social como bizantino.⁷³³

Sin dejar de reconocer lo opinable del asunto, entiendo que el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas brasileña, se aplica a los contratos parasociales en las sociedades limitadas empresariales. Si bien el art. 118 consagra un derecho potestativo en favor de ciertos sujetos, los accionistas de una sociedad anónima, de forma que éstos, por su mera voluntad cumpliendo ciertas instancias pueden colocar en situación de obligación a la sociedad y a sujetos relacionados con ella, vg. el presidente del consejo de administración, estos sujetos se encuentran en una situación de sujeción contraria del derecho potestativo. Esta situación no debe llevar a creer que esto es óbice para que sea aplicable en una sociedad limitada, pues en tanto los socios pueden optar por la aplicación de las normas en materia de

⁷³¹VERÇOSA, H. M. D, *ibid.*, en cambio, para CONTI CRAVIERO, es perfectamente posible pedir la ejecución forzada específica, aun cuando esta autora no entiende aplicable el art. 118 a las sociedades de responsabilidad limitada, *op.cit.* p. 132

⁷³²Cfr. BULGARELLI, W. *op. cit.* p.49; CORVO, E. *op.cit.*, pp. 91-92; FRANKLIN ROCHA, E. A, *op. cit.* pp. 72 -78; MORGENSTERN KUGLER, H. *op cit.* p. 238.

⁷³³FORGIONI, P.A “A unicidade do regramento jurídico das sociedades limitadas eo Art.1053 do Código Civil –Usos e costumes e regência supletiva” en AAVV, *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneo; estudos em homenagem al Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Liber Amicorum*, Ed.Malheiros, SanPablo, 2011, pp.216–223, *apud.* CONTI CRAVEIRO, M. *op. cit.* p. 68.

sociedades anónimas, de todas ellas, podrán, si eligen esa regulación para la sociedad limitada empresaria, generar la aplicación del artículo 118, lo que ocurriría también si hubiesen elegido el tipo social sociedad anónima en vez del tipo sociedad limitada.⁷³⁴

7.3 Derecho Uruguayo

a) Sociedades Anónimas – Eficacia y Oponibilidad

En Uruguay los convenios de sindicación de accionistas están regulados en la LSC para las sociedades anónimas en el art. 331 y en el art. 28 de la ley 19.820⁷³⁵ para las SAS.

Literalmente al dictarse la ley de Sociedades Comerciales Uruguayua en 1989, que sustituyó la antigua regulación del Código de Comercio con algunas modificaciones de leyes especiales, prácticamente la totalidad de la regulación se tomó de la ley argentina, pero lo relacionado a los pactos parasociales se importó desde el Brasil, en un verdadero avance contractualista respecto al influjo institucionalista aun fuertemente imperante en la época.

La relevancia de las SA en Uruguay deriva de haber resultado la forma jurídica elegida tanto para emprendimientos de diferente dimensión (desde micro, hasta medianas, pequeñas y grandes empresas) hasta para vehiculizar la titularidad de bienes (propietarias de inmuebles) y como mecanismo para lograr una suerte de patrimonio de afectación que proteja a esos activos de reclamos de los acreedores personales de sus accionistas. Como destacan las docentes de la Universidad de la República, Poziomek y Alfaro, la sociedad anónima en la ley LSC uruguaya, es un tipo social con estructura en exceso formal, cuyos accionistas no surgen del acto fundacional sino que son los titulares de las participaciones denominadas acciones (que pueden ser representadas en títulos físicos que son negociables o inmateriales) y que puede calificarse como sociedad de capital, así las causales de rescisión parcial del contrato previstas para las

⁷³⁴ Contra CONTI CRAVIERO, M.*op.cit.* p.68, para esta autora, esos contratos no tienen la aptitud para producir efectos legales de que son dotados los acuerdos de accionistas.

⁷³⁵ Ley de fomento de los emprendimientos – promoción del emprendedurismo, promulgada el 18 de setiembre de 2019.

sociedades personales no son, salvo excepciones, de aplicación a las sociedades anónimas (artículo 158 de la Ley).

Los órganos sociales se manejan con un mayor grado de formalidad que las personales, fundamentalmente porque los accionistas son mirados como meros inversores, alejados del día a día de la sociedad y por ello deben ser convocados con ciertas garantías e informados con ciertos límites.⁷³⁶ Pero a su vez y como señalo en el Capítulo Primero, esto muchas veces no condice con la realidad económica detrás de la forma.

La LSAS así como lo hace la LSC, admite con amplitud que pueda incluirse cualquier objeto lícito, con lo que deja abierta la posibilidad de pactar pluralidad de objetos con la sola limitación de su licitud. Consagra, por tanto, el principio general de la autonomía de la voluntad en materia contractual, presente en esta Ley como principio rector. Uno de los temas que podían incluir los Convenios de Sindicación de accionistas bajo la normativa de la LSC, tiene que ver con la reglamentación de diferentes instrumentos de financiamiento. En estos casos, sin perjuicio de las cláusulas básicas de mando o bloqueo, se reglamenta el voto de los accionistas sindicados para lograr un funcionamiento estable de la sociedad, del emprendimiento empresarial, en los siguientes asuntos: fijación de políticas de dividendos, financiamiento y obtención de recursos a través de aportes de capital o préstamos de los sindicados o terceros, fijando las pautas de ese endeudamiento, plan de negocios, etc.

Se trata de un acuerdo que tiene por finalidad dotar a la sociedad de recursos para desarrollar su actividad, lo que permite planificar una inversión futura, muchas veces a través de aportes en etapas o de préstamos por parte de los socios.

Nada dice la LSAS sobre si, como ocurría y seguirá ocurriendo respecto de la SA, el Convenio de Sindicación de acciones va más allá de lo permitido por la Ley para los estatutos.

En este sistema jurídico, entonces, al igual que en el brasileño merecen consideración adicional en sede de los convenios celebrados por los accionistas de sociedades anónimas o de las sociedades por acciones simplificadas.

⁷³⁶POZIOMEK, R. -ALFARO, J. *Régimen jurídico de Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS)*, 2 Edición, Editorial Amalio M. Fernández, Montevideo, Junio 2020, p. 83.

En los demás convenios, lo expresado en esta investigación da un panorama acabado del concepto de eficacia. Debe tenerse presente , además, para una adecuada ubicación del fenómeno, lo referido a la conexidad contractual con el contrato social, ya analizada.

La incidencia en la esfera jurídico patrimonial de un sujeto, se produce, además, de por su propia manifestación intencional de voluntad secundada por el ordenamiento jurídico, por una norma legal que impone un destino de imputabilidad, sin que resulte trascendente en la voluntad de quien será parte en la relación obligatoria.⁷³⁷

El negocio, que en si considerado es fuente normativa, puede desempeñar, en relación con una norma legal, la función de presupuesto de hecho, como señalara Ottaviano los efectos que las normas superiores conectan al negocio jurídico están “más allá de la voluntad negocial”, tales efectos, son atribuidos al acto desde el exterior y se deben a la norma superior.”⁷³⁸

Para las sociedades anónimas el art. 331 de la LSA uruguaya, es una norma legal que produce ese efecto, no resultando trascendente la voluntad de la sociedad, de la que son accionistas los pactantes, de modo tal que la misma resultará obligada por puro imperativo de la ley en la medida en que se cumplan todos los requisitos establecidos en la norma, estos son;

- i) Se entregue a la sociedad un ejemplar con las firmas certificadas notarialmente.
- ii) Se inscriba un ejemplar en el Registro Nacional de Comercio.⁷³⁹
- iii) Se anote en los títulos accionarios o se haga constar en el Libro de Registro de Acciones Escriturales.

⁷³⁷POZIOMEK, R. -ALFARO, J. *ibid.*

⁷³⁸ Citado por FERRI, L. *op. cit.* p. 212

⁷³⁹Texto dado por la ley 17.904. Señalaba antes de la entrada en vigencia de esta ley, Olivera García que “Una interpretación razonable sería sostener que, con una redacción imperfecta, el legislador ha pretendido mantener el requisito de inscripción de los convenios de sindicación de acciones oponibles a terceros en el Registro Nacional de Comercio, sumándose estos Convenios a la nómina de actos inscribibles que establece el art. 49 de la ley 16.871” OLIVERA GARCIA. R. en Modificaciones de la ley de urgencia a la ley societaria”, *ob.cit.* p. 31.

La sociedad, acaecido el presupuesto de hecho previsto en la norma, resultará obligada, en los términos del convenio; la sociedad y sus accionistas, en tanto, las normas emergentes del convenio ingresan al orden jurídico societario, aunque no al contrato o estatuto social.⁷⁴⁰

Este último, es uno de los temas más delicados e interesantes de los que se originan en lo dispuesto por el art. 331.

Partiendo de que el acuerdo ingresa a las normas de la sociedad perdiendo su carácter parasocial, cabe preguntarse cuáles son las conductas exigibles, por ejemplo, al presidente de la asamblea cuando un accionista, pretende apartarse de lo resuelto en el seno del sindicato - cuando el mencionado tiene conocimiento de tal resolución-. En esta hipótesis, cabe plantearse si el presidente debe o no computar el voto y que acontece si no asiste, el sindicado.

En el derecho brasileño (ut supra. nal 7.2), en la modificación introducida en el año 2001 al artículo 118 de la ley de sociedades comerciales por ley 10303/01, se estableció que el presidente de la asamblea o del órgano de administración, no computará el voto proferido en infracción del convenio, y para los casos de un sindicado que no comparezca a la asamblea de accionistas, o se abstenga cuando debía votar, o a similar comportamiento de quien fue designado miembro del directorio en el marco de lo explicitado en dicho acuerdo, se otorga a otro sindicado de la posibilidad jurídica de actuar por el ausente u omiso, tanto en la asamblea como en el directorio.

⁷⁴⁰En este caso la doctrina uruguaya, que no se comparte, no distingue el supuesto planteado, respecto a los efectos que genera el convenio para la sociedad anónima del concepto de oponibilidad e incluso se llega a sostener que la verificación de ciertos supuestos, sin la presencia de otros, genera efectos. Así, Holz, distingue el cumplimiento de determinados requisitos, para que el convenio resulte “oponible” a la sociedad, y para que resulte oponible a terceros. HOLZ, E.*op. cit.*, p. 139. Hargain, en tanto, entiende que deben cumplirse todos los requisitos para que sea “oponible” “a los terceros incluyendo ese tercero tan especial que es la propia sociedad”, HARGAIN, *Sindicación de Socios, op. cit.*, p. 272. Rodríguez Olivera y López Rodríguez sostienen que con la entrega de un ejemplar a la sociedad este se torna “oponible” a aquella, con la sola anotación en los títulos estos se tornan no negociables en bolsa y con el registro el convenio deviene oponible a todos los terceros. RODRIGUEZ OLIVERA, N; LOPEZ RODRIGUEZ, C. *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, Vol. 4 T. 3, FCU, Montevideo, 2007, p. 369. Merlinsky, entiende que deben acumularse todos los requisitos. MERLINSKY, R., *Manual de Sociedades Comerciales*, Montevideo, 2006 p.233. Dicha posición también es compartida por Miller. MILLER, A., *op. cit.* p. 123.

En el derecho uruguayo en ese caso, no puede contabilizarse el voto del incumplidor, aunque, no se encuentra norma jurídica que habilite los restantes mecanismos.⁷⁴¹

Apartarse de la conducta debida, termina inficionando la resolución social que se adopte con el voto del incumplidor, sobre esto se volverá al analizar el incumplimiento de las obligaciones emergentes del convenio (Capítulo Noveno).

Por último, sobre los efectos impuestos por ley de cumplirse los requisitos del art. 331 tratándose de sociedades abiertas, cabe destacar la obligación del órgano de administración de informar en cada asamblea ordinaria sobre la política de capitalización de ganancias y distribución de dividendos que resulte de los convenios registrados ante la sociedad.

De lo expuesto en torno al concepto de eficacia, cabe colegir que la expresión “*eficacia frente a terceros*”, contenida en la norma legal, merece una asignación de significado acorde al estadio de desarrollo del pensamiento privatista y no limitarse a afirmar que el contrato será eficaz frente a terceros.

Para la sociedad la situación, no se relaciona con el concepto de oponibilidad, pues la misma resulta obligada.

⁷⁴¹ El 21 de junio de 2021 el Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la UDELAR, presentó a la Presidencia de la República un anteproyecto de modificación de varios aspectos de la LSC uruguaya. En la exposición de motivos del mismo, se expresa, sobre el artículo 331, que de aprobarse dicha modificación “mejoran las normas sobre oponibilidad a la sociedad de los convenios de sindicación de acciones, recogiendo las reformas a la legislación brasileña y el precedente de nuestra Ley N° 19.820 (SAS). Se percibe una opción clara por el modelo brasileño que busca, y se refirió en el numeral anterior, evitar el incumplimiento, priorizando la prevención por sobre la indemnización de daños que pudiera generar. En el proyecto se establece que los convenios de sindicación “en el caso de sociedades por acciones nominativas o escriturales, serán oponibles y deberán ser acatados por la sociedad cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración social”. En estos casos, cuando el convenio de sindicación de acciones y, si correspondiere, las resoluciones adoptadas por los accionistas sindicados hubieran sido debidamente depositados en la sociedad, el presidente de la asamblea de accionistas estará obligado a no computar el voto emitido en contravención a dicho convenio. En caso de abstención o de ausencia del accionista, el presidente de la asamblea de accionistas votará en representación del accionista omiso o ausente en el sentido del convenio de sindicación de acciones y de la resolución debidamente depositada. En el caso de las sociedades por acciones nominativas y al portador, a los efectos de su oponibilidad respecto de terceros, la existencia del convenio de sindicación de acciones y la determinación de su lugar y forma de consulta deberá estar además anotado en los títulos accionarios. En el caso de las sociedades por acciones nominativas deberá estar además inscripto en el Libro de Registro de Títulos Nominativos.” Resulta llamativo que en 2021 se siga hablando de convenio de sindicación de acciones y no de accionistas.

Respecto *a terceros que no son la sociedad o sus accionistas*, sí deviene aplicable el concepto de inoponibilidad, que no usa el legislador, pero que debe inferirse de lo edictado en esos enunciados.

La oponibilidad refiere a la situación en la cual, a partir de una relación contractual, se produce entre la parte – a la sazón un sindicato- y el tercero un conflicto de intereses, dicho conflicto se resuelve a favor de uno u otro sujeto en base a cierto criterio de pura política legislativa, que no responde necesariamente a la concreción de ningún principio jurídico, la oponibilidad de un interés o derecho respecto de otro tendrá como reflejo que el titular se prevalezca de él con prescindencia del derecho excluido de protección.

A partir de la relación creada por el convenio de sindicación, y del cumplimiento de todos los requisitos previstos en el artículo, para el caso de presentarse un conflicto entre la parte y un tercero, la ley fija un criterio contemplando en forma excluyente el derecho de la parte sindicada, respecto del tercero.⁷⁴²

Si, por ejemplo, el pacto contiene una limitación a la transferencia de las acciones, y la situación de conflicto, se presenta entre quien pretendió adquirirlo y los interesados en su cumplimiento -, quienes no será oponible el negocio celebrado respecto a las acciones-.

Merece un comentario, sin embargo, lo indicado por Miller, este profesor de la Universidad de la República, ha sostenido para el caso de cumplirse con los requisitos del art. 331, que las acciones afectadas por dicho pacto oponible están ahora sujetas a *“un acuerdo que tiene un carácter absoluto en sus efectos...”* agregando que a su entender, surge un derecho o efecto real que afecta las acciones sindicadas en forma inherente, esto es, que sigue a la cosa con esa inherencia, no importando quien sea su titular, en ese caso un accionista pactante o bien un accionista que adquirió y que no adhirió al sindicato. La publicidad trae ese carácter oponible y absoluto del pacto, y por tanto se genera esa inherencia o efecto real sobre las acciones sindicadas. Expresa el Profesor de la Universidad de la República que *“Este efecto se refleja como bien lo acredita Benítez Preve desde un punto de vista práctico la anotación cumple con los principios que regulan los títulos valores en el caso sabrá que dicho título está sindicado, que el sindicato que integra ha sido denunciado a la sociedad y adquirido,*

⁷⁴² Sobre inoponibilidad, CAFARO-CARNELLI, *op. cit.*, p. 52.

*por lo tanto, efecto frente a terceros, incluido este adquirente. Por nuestra parte coincidimos con este concepto y agregamos que el sindicato incluirá al adquirente porque por su efecto real al ser oponible y absoluto, dicho sindicato deviene inherente a las acciones afectadas, gravándolas y por ende la compraventa de las acciones afectadas ha de traer consigo por esa inherencia la afectación por las restricciones que puedan emanar del sindicato denunciado”.*⁷⁴³

Sin embargo, el convenio de sindicación de acciones no es un contrato “con efecto real”, esto es, el que genera el nacimiento, modificación o extinción de un derecho real por su solo perfeccionamiento. El convenio de sindicación como todo contrato produce un efecto obligacional, justamente la generación de obligaciones es la que distingue el contrato de otras convenciones.

Parecería que se postula por Miller, conforme lo transcrito que, cumplidos los requisitos referidos, surgiría un derecho real, no se indica que tipo de derecho real, si se trata de un derecho real de goce, de garantía o aun de adquisición, para los que admiten esa categoría, en el derecho uruguayo.

No se indica cual sería el contenido normativo del derecho real que surgiría. Cabría preguntarse si el de las normas ingresadas por todo el convenio, que contienen obligaciones de dar, hacer o no hacer, esto claramente, no resulta consistente.

De lo que expresa en el párrafo de marras de este autor, es que podría interpretarse, que se verificaría un supuesto de “carga real” o una “obligación *propter rem*”, respecto de todas las situaciones jurídicas pasivas, contenidas en el convenio de sindicación.

Esta última hipótesis parece surgir más evidente, en lo sostenido por Merlinsky, este ex profesor de nuestra querida UDELAR indica, “*De su tenor literal – refiere al de la acción- debe surgir la sindicación, cuando la haya. Quien sea su legítimo tenedor, la adquirió conociendo las obligaciones y/o limitaciones impuestas*

⁷⁴³MILLER A., *Sociedades Anónimas. Sindicación de Acciones*, Ed. Amalio Fernández, Montevideo 2009, pp. 203-204.

por el convenio de sindicación de acciones, por lo que adhirió al mismo. Por ende dicho convenio lo obliga también a él”.⁷⁴⁴

Sin embargo, las obligaciones *propter rem* suelen considerarse ligadas a un derecho real o titularidad sobre una cosa individualizada, que en la hipótesis que proponemos, para desestimarla, sería la acción.

Lo específico de las obligaciones *propter rem* es su carácter ambulatorio, la situación de sujeto pasivo (deudor) se transmite con la transmisión de un bien. Siempre es determinado el deudor, solo que se determina en base a elementos externos concretamente según la relación de un sujeto con cierto bien, del que normalmente el deudor es propietario o titular, en el caso se trataría de la acción.⁷⁴⁵

Entonces en esta línea de razonamiento, que proponemos por hipótesis, si se adquiriera una acción de un sindicato, habiéndose cumplido los requisitos del art. 331 se producirían la sustitución de una parte contractual en el convenio, saliendo quien vende las acciones y entrando quien las adquiere.

La prestación en las obligaciones *propter rem* es debida por el titular del bien sin que importe quien sea, el deudor queda liberado si se desprende del derecho transfiriéndolo a otro o mediante abandono del mismo y mientras conserva el derecho sobre la cosa, en el caso de las acciones, responde al cumplimiento de la prestación con todos sus bienes, la obligación se transmite a los sucesivos poseedores del bien a los que éste es enajenado. Se diferencia esta categoría de las denominadas cargas reales en tanto en estas el propietario responde al cumplimiento de su obligación dentro de los límites del valor del bien y no con todos sus bienes, en la carga real el bien está gravado a esos efectos, esto claramente no ocurre en el caso de la sindicación, en donde el bien puede estar gravado pero por otras situaciones jurídicas, que se utilizan como garantías, lo que no es relevante a los efectos de este desarrollo.

Las obligaciones *propter rem* no son derechos reales, no hay inmediatez, sino que el acreedor tiene que solicitar al nuevo titular del bien el comportamiento debido, para el caso de admitirse por hipótesis la existencia de obligaciones *propter rem* para el sindicato los acreedores serían los otros sindicados.

⁷⁴⁴MERLINSKY, R.. *op.cit.* p.235

⁷⁴⁵BERDAGUER, J.; *Fundamentos del Derecho Civil*, T. 1, 4ta, Ed. FCU, Montevideo, 2019, pp. 52-58

No hay absolutez en las obligaciones *propter rem*, “no son oponibles” a terceros adquirentes del bien, sino que dichas obligaciones *se transmiten* a los terceros adquirentes del bien debido al carácter accesorio, secundario que tienen respecto al disfrute de una cosa determinada, que en la hipótesis que planteamos, sería la acción.⁷⁴⁶

Sin embargo, la transmisión de deuda sin consentimiento del acreedor, solo es posible en forma excepcional, cuando hay norma legal que lo habilite, pues en el derecho privado patrimonial la cesión de contrato, en el caso de la calidad de parte contractual en un convenio de sindicación, que además de los créditos y derechos potestativos comporta la de las deudas, es un negocio que requiere la voluntad del acreedor, independientemente que se considere que dicha voluntad se debe emitir en el propio negocio siendo un negocio trilateral o que es un requisito legal de eficacia de uno bilateral, es que al acreedor no resulta indiferente quien será su deudor.⁷⁴⁷

Lo que puede transmitirse por el régimen de los títulos valores es la acción, pero no la calidad de parte contractual en el convenio de sindicación.

Esto no transforma al convenio de sindicación en un contrato *intuitu personae*, ni a la calidad de parte contractual en incedible, aspecto superado desde la pandectística alemana cuando se comenzó a admitir la cesión de deudas.

El convenio de sindicación es un contrato, la cesión de contrato comporta la cesión de deudas y requiere la manifestación del acreedor.⁷⁴⁸

De tratarse de un sindicato de bloqueo, se dijo que la consecuencia ante la inscripción será la inoponibilidad de la enajenación a los co-contratantes.

Si se tratara de un convenio de voto que no incluyera limitación a la posibilidad de transferir las acciones, ni contuviese ningún mecanismo tendiente a que no se verificara la enajenación *-rara avis-* no es admisible la existencia de un conjunto

⁷⁴⁶BERDAGUER, J.; Ibid.

⁷⁴⁷Como indicaban Planiol – Ripert, “*La libération de l’ancien débiteur soulève une difficulté capitale: elle ne peut se faire sans la volonté du créancier, toute la question est de savoir sous quelle forme le créancier interviendra dans l’opération*” PLANIOL, M. con la colaboración de RIPERT, G., *Traité Élémentaire de Droit Civil* T. II Lib. Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1926, p. 144, n. 392.

⁷⁴⁸MOLLA, R. “Análisis comparativo de cesión de crédito, cesión de contrato, delegación y novación” *Rev. AEU*, Vol 80, N° 1994, Montevideo, pp. 13-19.

de obligaciones *propter rem* que emanarían del convenio y colocarían al adquirente de las acciones en la situación en la que se ubicaba el anterior titular. De sostenerse que en ese caso las acciones se pueden vender, desde otra perspectiva, se somete a los restantes sindicados a tener que asumir que hubo una cesión de parte contractual y que su deudor pasó sin su consentimiento a ser otro.

En el poco usual caso de convenio de voto, en que no se hubiere pactado ningún mecanismo de garantía que implique, por ejemplo, la falta de poder normativo para disponer de las acciones o la constitución de un derecho real sobre ellas, o una obligación de no hacer y el adquirente tuviera conocimiento de la existencia del convenio, aun cuando se hubieran cumplido todos los requisitos del art. 331, es posible la enajenación de las acciones, pues no hay norma de la que surja tal limitación.

Aun en ese caso, de convenio de voto puro, se puede estar ante una situación de incumplimiento del enajenante de acciones, que posibilite la convocatoria a responsabilidad civil, la suya y la del adquirente. Si el enajenante, incumple el factor de atribución, en el caso es el dolo pues tiene intención de incumplir cuando vende las acciones, tornando imposible la prestación a la que se obligó. En torno al adquirente, quien no sub-entra en la posición contractual del enajenante en el convenio de sindicación, pues no hay cesión de deuda, salvo consentimiento del acreedor y tampoco carga real u obligación *propter rem*, su responsabilidad puede ser convocada (tutela aquiliana del crédito). Esto último, pues el obrar del tercero adquirente que interfiere en la posición jurídica del acreedor o lesiona algún derecho del deudor, con el efecto de perturbar el cumplimiento de su obligación frente a aquel, genera su responsabilidad.⁷⁴⁹ Todos los derechos (sean absolutos o relativos) crean situaciones jurídicas que, en cuanto tales, se imponen a cualquiera, es con este sentido especial que se habla de una proyección erga omnes del derecho personal, el cual ostenta un aspecto estático considerando que el crédito pertenece a la esfera del acreedor como un valor o un bien que debe tutelarse erga omnes.⁷⁵⁰

⁷⁴⁹ Cfr. ALTERINI A.A., AMEAL O.J., LÓPEZ CABANA R.M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p.841.

⁷⁵⁰ GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXI, FCU, Montevideo, p.291 .

b) Sociedades anónimas simplificadas (SAS) – Eficacia.

Destaca la doctrina uruguaya que la ley 19.820 (LSAS) marca cambios fundamentales en el régimen societario uruguayo que exceden el prever un nuevo tipo social marcando como punto de partida la libertad, concretada en una fuerte autonomía privada fuera de toda hesitación, para el establecimiento de las reglas concretas aplicables a esta sociedad vía inclusión en el Estatuto o celebración de un pacto parasocial, que va a incidir en la sociedad si se cumplen ciertos requisitos. Se trata de una sociedad de capital, porque se pretenden los beneficios de ese tipo social, pero pensada para el desarrollo de cualquier tipo de emprendimiento, con una tipicidad de regulación por remisión residual a la establecida para las SA, contenida en la LSC uruguaya.

El capital se divide en acciones, títulos negociables o anotaciones en cuenta, pero con una enorme posibilidad de creación de normas individuadas por los accionistas, que permite la restricción o prohibición de transferencia de acciones, la posibilidad de establecer reuniones de socios en lugar de asambleas, el voto expresado por medios escritos, entre otros.

La responsabilidad se limita al capital suscrito -salvo caso de fraude- y puede ser conformada como un auténtico patrimonio de afectación limitador de la responsabilidad de un único sujeto de derecho cualquiera fuere, salvo que se trate de una sociedad anónima, así por ejemplo, una cooperativa podrá ser titular de la totalidad del paquete accionario de una SAS, o una sociedad colectiva, o una persona física. Este sujeto podrá crear ese patrimonio de afectación, al que se le reconoce como un centro de imputación de normas diverso del titular a través de una declaración unilateral de voluntad, la del fundador. También podrá crearse por vía de contrato celebrado por cualesquiera sujetos de derecho. A la expresión de voluntad unilateral o a la celebración del contrato, sigue, la inscripción registral, sin necesidad de anteriores o ulteriores ritualismos.⁷⁵¹

⁷⁵¹ALFARO, J.- POZIOMEK, R.- ABADI, F. Y ROMANO, A. *SAS Como vehículo de inversiones- Aspectos societarios, tributarios y de seguridad social*, Ed. del Foro, Montevideo, 2020, pp. 13-14.

Con este tipo social, se procura la creación de un soporte jurídico apropiado con base en la autonomía privada y en una visión contractualista de las sociedades, para las micro, pequeñas y medianas empresas. El art. 9 de la LSAS, “autonomía de la voluntad y remisión”, consagra el carácter supletorio de las normas previstas para la SA de la LSC de este país, respecto a lo normado por las partes en el Estatuto, salvo algunas disposiciones específicas, relacionadas a las disposiciones generales para las sociedades comerciales, de tipo imperativo y otras disposiciones sobre títulos accionarios, libros sociales y supuestos especiales -en todo lo que no se oponen a lo establecido en la LSAS.⁷⁵²

En este sentido, el art. 19 *ejusdem*, permite insertar en el Estatuto, una de las materias clásicas de los pactos parasociales “convenios de bloqueo” que ahora se torna materia estatutaria. Se indica en ese enunciado que en los estatutos podrán estipularse restricciones a la negociación y aun la prohibición de negociar las acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases. Las restricciones a la negociación podrán comprender los actos de gravamen, enajenación o constitución de derechos reales de las acciones. En el caso de establecerse prohibición de negociación, se limita a un plazo de diez años, contados a partir de la emisión, con una prórroga por un lapso no mayor a otros diez años, en un modelo contractual, pues para esto se requiere la voluntad unánime de la totalidad de los accionistas de la sociedad o de la clase afectada por la restricción, según el caso. De seguido se establece la obligación de hacer referencia -en caso de acciones nominativas- a dicha prohibición en los títulos, la que debe figurar también en el libro de registro de títulos nominativos o en el de registro de acciones escriturales, según correspondiere.

El art. 28 de la LSAS, refiere al objeto de los convenios de sindicación que vuelve a mentar como de acciones, cuando debió referir a “de accionistas”, si bien alude al subtipo convenio de sindicación a través de él se puede entender referido a cualquier pacto parasocial. Explicita el legislador, al igual que en las sociedades anónimas, alguno de los posibles objetos del pacto, entre ellos, la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para negociarlas o transferirlas, el ejercicio del derecho de voto, y cierra con la mención a cualquier otro objeto lícito.⁷⁵³

⁷⁵² ALFARO, J.- POZIOMEK, R.- ABADI, F. Y ROMANO, A., *ibid.* p. 15.

⁷⁵³ “Artículo 28- (Acuerdos de accionistas).- Los convenios de sindicación de acciones celebrados entre los accionistas sobre la compra o venta de sus acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones

También se recoge lo expuesto en cuanto al plazo máximo, lo que hace aplicable a los pactos conexos con una SAS lo expuesto en el numeral anterior para las SA.

De seguido establece que “serán oponibles y deberán ser acatados” por la sociedad cuando se realicen ciertos actos.

La mención alude a la eficacia del convenio que coloca en situación de obligación a la sociedad y la fuente de dicha obligación, para esta última caben los mismos desarrollos efectuados para lo dispuesto en el art. 331 en sede de sociedades anónimas.

El art. 28 en materia de SAS, no establece mecanismo para hacer oponible a terceros los pactos parasociales suscritos por sus accionistas.

Los mecanismos para facilitar el cumplimiento del convenio se ciñen a los que brinda el sistema jurídico en general, en caso de pactarse limitaciones a la transmisibilidad de las acciones en este tipo social, es posible incorporar dicha regulación en el Estatuto, lo que hace oponibles a terceros las mismas, en caso de insertarse en el pacto parasocial, las consideraciones respecto a la buena o mala fe del tercero dependerán del conocimiento que tuviera de la existencia del pacto parasocial, reconduciéndose la situación a un supuesto de tutela aquiliana del crédito.

Para las SAS uruguayas, por imperativo legal se produce ese efecto para la sociedad, no resultando trascendente la voluntad de la misma, de la que son accionistas los pactantes.

para negociarlas o transferirlas, el ejercicio del derecho de voto o con cualquier otro objeto lícito, serán oponibles y deberán ser acatados por la sociedad cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración social. Su término no podrá ser superior a quince años, sin perjuicio de la prórroga tácita o automática de este plazo que las partes hubieran pactado. Cuando el convenio de sindicación de acciones y, si correspondiere, las resoluciones adoptadas por los accionistas sindicados hubieran sido debidamente depositados en la sociedad, el Presidente de la asamblea de accionistas o del órgano colegiado de deliberación de la sociedad estará obligado a no computar el voto emitido en contravención a dicho convenio. En caso de abstención o de ausencia del accionista, el Presidente de la asamblea de accionistas votará en representación del accionista omiso o ausente en el sentido del convenio de sindicación de acciones y de la resolución.”

Acaecido el presupuesto de hecho previsto en la norma, la sociedad resultará obligada, en los términos del convenio. También lo estarán sus accionistas e integrantes de sus órganos estatutarios, en tanto, las normas emergentes del convenio ingresan al orden jurídico societario, aunque no al contrato o estatuto social.

Este ingreso se verifica si se produce el siguiente supuesto de hecho, *deposito en las oficinas donde funcione la administración social*.

Se aprecia la intención de eliminar la publicidad registral, elemento que hacía que no se inscribieran los pactos parasociales para mantenerlos en reserva, buscándose alternativas para obtener mecanismos tuitivos similares sin la exposición en el registro público.

También se elimina la necesidad de anotación de los títulos, en concordancia con esto para los convenios de bloqueo se habilita la regulación estatutaria a la posibilidad de limitar la transmisión de acciones.

Se mantiene solo la entrega de un ejemplar a la sociedad, pero se elimina la necesidad de la certificación notarial de firmas.

De este modo, la firma puede, estamparse en soporte papel o electrónico, y en este último caso puede ser certificada por entidad autorizada o contar con una firma electrónica simple.⁷⁵⁴

⁷⁵⁴ El reconocimiento de la firma electrónica simple fue introducido en este país mediante la ley 18.600 - LFD- del 21 de setiembre de 2009, con dos variantes: la electrónica avanzada y la simple. Esta última no requiere la actuación de una entidad certificadora. Ha sido caracterizada como los datos en soporte electrónico anexos a un documento electrónico o asociados de manera lógica con el mismo, utilizados por el firmante como medio de identificación.” (Art. 2 puede consistir en una firma autógrafa en una tableta electrónica a través de un lápiz óptico, la huella dactilar, o hasta un código individual (PIN) o identificación por usuario y contraseña. Cfr. ALFARO BORGES, K. “Cuestiones en torno a la firma electrónica simple”, en *Rev. Crítica de Derecho Privado*, N. 17, 2021, Ed. La Ley, Montevideo, p. 110. La firma electrónica consiste en un “método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones de la firma manuscrita” Cfr . DOMÍNGUEZ, J. , “Reivindicación de la firma electrónica simple y autenticación digital sin formalismos, como defensa del derecho de libertad”, *Revista CADE*: año 11, vol. 51, 2019, Montevideo, pp. 31-50. Como se señaló al analizar el consentimiento, el convenio de sindicación es un negocio consensual. Establece el art. 5 que la firma electrónica tendrá eficacia jurídica cuando fuese admitida como válida por las partes que la utilizan o haya sido aceptada por la persona ante quien se oponga el documento firmado electrónicamente. Se respetará la libertad de las partes para concertar de común acuerdo las condiciones en que aceptarán las firmas electrónicas, conforme a la presente normativa. En caso de ser desconocida la firma electrónica por una de las partes, corresponde a la otra parte probar su validez. Ante dicho enunciado, cabe preguntarse cuándo deben expresar su aceptación de brindar el consentimiento mediante la firma electrónica, si alcanza con que sea en el propio documento mediante el que desean obligarse o si deben hacerlo de forma anticipada. Desde cierta perspectiva, podría sostenerse que todo contrato otorgado mediante firma digital debería estar precedido de una convención que indique que se podrá expresar la voluntad en forma digital. Ahora bien,

Respecto a la entrega, no se establece forma para la misma, por lo que podría realizarse en soporte papel, o en medio magnético lo relevante es que pueda haber fecha cierta de la entrega.

Hemos utilizado la expresión entrega, pero la ley utiliza la expresión *depósito* al igual que la legislación española en algún caso.

Se ha escrito en Uruguay, que debería celebrarse un contrato de depósito con la sociedad, estableciéndose como lugar en el cual queda depositado el convenio, las oficinas donde funcione la administración social. Desde esa perspectiva ha llegado a explicarse que el contrato de depósito se celebraría entre la sociedad y los otorgantes del pacto, estos últimos serían los depositantes y la sociedad la depositaria, incluso se ha planteado incorporar el contrato en el registro de protocolizaciones de un escribano. Acotándose que la necesidad del depósito se verifica para el caso en que la sociedad no sea parte del convenio, pues si lo fuere estará obligada desde la fecha de su otorgamiento de acuerdo a los principios generales en materia contractual.⁷⁵⁵

La dogmática ha sostenido que corresponde “depositar” un ejemplar en la administración, y este término, comporta que la SAS va a ser notificada con la entrega de un ejemplar que deberá allí mantener y la eficacia del acuerdo a su respecto implica que debe “acatar” lo allí acordado.⁷⁵⁶

Lapique ha postulado, que cuando la sociedad sea parte del convenio, va a tomar conocimiento del mismo y va a asumir determinadas obligaciones, por lo cual se podría considerar que se cumple con los requisitos para que le sea oponible y agrega este autor compatriota que, el inciso segundo del art. 28 al regular las potestades del

esta convención si se otorga expresando la voluntad mediante firma digital, debería estar precedida de una convención, que a su vez indicase esto, y así hasta el infinito, resulta evidente el absurdo de lo planteado. Pero alguien podría sostener entonces que el negocio en el que se indique que las partes aceptarán la firma electrónica simple debe otorgarse conforme a las reglas generales. Dichas reglas generales, surgen del Código Civil y habilitan la celebración de contratos expresando que el consentimiento puede otorgarse sin solemnidad alguna o aun tácitamente y esto es independiente del soporte en el que se contenga la información. Cfr. AMORÍN, M. “La paradoja de la convención sobre forma en un contrato consensual celebrado por medios electrónicos”. *Inédito*.

⁷⁵⁵ BELLOCQ, P., *Manual de sociedades por acciones simplificadas*, FCU, Montevideo, 2021, p. 86.

⁷⁵⁶ POZIOMEK, R.- ALFARO, J., *Régimen jurídico de la sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad por acciones simplificadas*, Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 2020, p. 237.

presidente de la asamblea en cuanto al voto, establece que serán aplicables cuando el acuerdo hubiera sido debidamente depositado en la sociedad.⁷⁵⁷

Ante este profuso panorama, cabe puntualizar que respecto a la necesidad de celebrar un contrato de depósito, dicho tipo contractual supone la entrega de una cosa con la obligación de conservarla y restituirla, contrato que en materia civil es en principio gratuito salvo que se pacte un precio a cargo del depositante, transfiriéndose al depositario la tenencia de la cosa. La expresión depósito a su vez es polisémica, alude al contrato del que surgen esas obligaciones típicas y a la cosa entregada.

Sin embargo, en este caso, de lo que se trata es de un acto, del cumplimiento de un requisito legal, para generar ciertos efectos. Se trata que, en un contrato en que no participa la sociedad –pacto parasocial- termine siendo eficaz respecto a *ella*, en ese *ella* se comprenden sus accionistas y quienes ocupan cargos en los órganos sociales. La consecuencia es que el negocio los obligue a ellos.

Que la sociedad pueda ser parte de este negocio es asunto largamente debatido en la dogmática del *civil law*; antes se sostuvo que puede ser otorgante (ut supra Capítulo Tercero). Si la sociedad es parte, el pacto parasocial será eficaz respecto de ella desde el perfeccionamiento del convenio o desde que los requisitos de eficacia se encuentren cumplidos (plazo o condición).

Sobre la diferencia entre eficacia y oponibilidad cabe remitirse a lo expuesto en el literal anterior al analizar el asunto en las SA.

En torno al significado a asignarle al termino “depositar”, deben tomarse en cuenta las referencias sémicas, esto es, otros enunciados normativos incluidos en el sistema que aludan a “depósito”, para referirse a la entrega a alguien de los documentos que soportan un negocio jurídico.⁷⁵⁸

Así, la expresión “depositar” denota en el art. 28 de la LSASun *acto unilateral, ejecutado en ejercicio de un derecho potestativo*, que tiene efectos jurídicos

⁷⁵⁷LAPIQUE, L., *op. cit.* p. 58.

⁷⁵⁸Así el artículo 1207 del C.Co., prevé que si el capitán del barco, fuese al mismo tiempo cargador, o lo fuera alguno de sus parientes, los conocimientos respectivos serán firmados por los dos individuos de la tripulación que le sigan inmediatamente en el mando del buque, y un ejemplar se depositará en poder del armador, o del consignatario.

y no una convención de la que surgen obligaciones. El depósito puede ser un acto jurídico o una convención generadora de obligaciones, un contrato.⁷⁵⁹

En puridad el “depositar” es un acto jurídico ejecutado por las partes del pacto parasocial, no un negocio, pues no pueden regular nada respecto a los efectos de depositar, todo está previsto en la ley.

Esa acción “depositar” la realizan en ejercicio de un derecho potestativo, el conferido a los otorgantes del convenio, por el art. 28 de la LSAS, procediendo a la entrega a la sociedad del documento que contiene el negocio, generar los efectos jurídicos previstos en la ley. La sociedad en tanto, no está prestando consentimiento en ningún contrato, o negocio convencional, sino que se encuentra en situación de sujeción, no puede evitar que le sea entregado el documento que soporta el negocio, en el soporte que fuere y esa entrega hace que surjan efectos jurídicos, previstos en la ley, la eficacia frente a la sociedad que queda así en situación de obligación.

Esta posibilidad de “depositar” alcanza al pacto parasocial y a todos los pactos parasociales que modifican total o parcialmente el registrado.

Alcanza asimismo a las resoluciones que adopte el sindicato, en efecto indica el artículo 28 “y, si correspondiere, las resoluciones adoptadas por los accionistas sindicados”, en la variante convenio de sindicación esto puede reiterarse, (vg. año a año podrá depositarse la resolución del sindicato de accionistas que fuera registrado ante la sociedad indicándose que ha decidido respecto a los asuntos incluidos en el orden del día de la asamblea ordinaria), este depósito en medio electrónico (depósito en la casilla de correo de la sociedad) o en soporte papel.

El domicilio de la sociedad se ubicará dentro del territorio nacional, en el lugar donde centralice su gestión administrativa y dirección (vg. Montevideo). La sede de la misma será la ubicación precisa de su administración dentro del domicilio. La mención a que debe depositarse en la administración, refiere a una realidad que trasciende la sede social física, considerando por ejemplo una entrega en soporte electrónico.

⁷⁵⁹Vg. Secuestro judicial art. 2287 inc. 3 C. C. y contrato de depósito art. 2240 C.C uruguayo.

La cuestión a plantearse ante la calificación que viene de hacerse respecto al depósito y sus efectos, importa precisar los límites de las normas jurídicas emanadas del convenio de sindicación.⁷⁶⁰

Para la sociedad los créditos de que son titulares los respectivos accionistas pactantes, no son bienes que se encuentren en situación de protección aquiliana del crédito, sino que la sociedad, si se cumplen los requisitos del art. 28 de la LSAS o del 331 de la LSC para las anónimas, está obligada, por lo que se trasciende el deber genérico de no dañar.

La posibilidad prevista de obligar a la sociedad, no altera en nada la eficacia relativa de los contratos, con base en el principio de legalidad (art. 10 de la Constitución Uruguay). La fuente de las obligaciones a cargo de la sociedad no es el pacto parasocial, tampoco un supuesto “contrato de depósito” que como vimos no es tal, la fuente es la ley, la verificación del supuesto de hecho previsto en la ley.

La sociedad pasa por imperio de la ley a estar obligada, el presidente de la asamblea de accionistas estará obligado a no computar el voto emitido en contravención a dicho convenio y en caso de abstención o de ausencia del accionista, el presidente de la asamblea de accionistas votará en representación del accionista omiso o ausente en el sentido del convenio de sindicación de acciones y de la resolución debidamente depositada.

Pero además asume todas las obligaciones decurrentes de tener que “acatar” el contenido del convenio. Poziomek y Alfaro, indican que el alcance de la expresión “acatar” implica una activa participación en el fiel cumplimiento del pacto depositado.⁷⁶¹

Respecto a las obligaciones que surgen como consecuencia del depósito, esto es de la comunicación del pacto y su archivo por la sociedad, debemos distinguir las que tienen un contenido específico y las decurrentes del deber de actuar de buena fe.

En torno a las primeras, la sociedad es la obligada y el presidente es quien debe ejecutar la prestación, resulta de aplicación el art. 1555 del CC uruguayo que

⁷⁶⁰ Un límite es el estatuto social, cabe remitirse al respecto en cuanto a los contornos a lo expuesto a analizar la conexidad contractual.

⁷⁶¹ POZIOMEK, R.- ALFARO, J. *Régimen jurídico de la sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad por acciones simplificadas*, op.cit. p. 239.

regula a responsabilidad contractual por hecho de dependientes o auxiliares del deudor. Si el presidente no actúa en la forma indicada la sociedad incumple su obligación con los sindicatos.⁷⁶²

La conducta del presidente, configura a su vez un hecho ilícito, por lo cual los sindicatos podrían accionar por responsabilidad contractual contra la sociedad y a mi juicio extracontractual contra el presidente, en este caso la sociedad responde frente al deudor por hecho propio. Esto por cuanto la sociedad no responde por hecho ajeno, sino por hecho propio. De sostenerse esto, no dispone de una acción de regreso contra el presidente incumplidor, sino que deberá convocar su responsabilidad, en el marco de la vinculación que los une, esto es, de la situación estatutaria en que se encuentra el presidente en mérito a lo que surge del Estatuto social y con base en la estructura normativa de la sociedad.

En caso de incumplimiento del presidente podrá promoverse contra la sociedad la ejecución forzada específica de las obligaciones de no hacer o hacer que gravaban a la misma a través de la actuación del presidente, además de reclamarse los daños, y solicitarse la anulación de la resolución de la asamblea, debe tenerse en cuenta que, cuando se alude a la anulación de la resolución de la asamblea en puridad se está reclamando por el incumplimiento de obligaciones, las que surgen del contrato social, o como en el caso, cabe agregar, las que surgen de la ley. (infra Capítulo Noveno)

Respecto a qué personas pueden tener acceso al convenio depositado, podría pensarse que deberían tenerlo los accionistas que lo celebraron, los administradores y los representantes de la sociedad, así como el presidente de la asamblea si no ocupa ninguno de los cargos mencionados anteriormente y no los restantes accionistas. En otra lectura podría postularse que los accionistas no signatarios, no tienen derecho a la información sobre ese aspecto y si entienden que hubo alguna irregularidad deberían dirigirse al órgano de fiscalización.

⁷⁶²Debe tenerse en cuenta el ámbito amplio de la responsabilidad contractual mayoritario en la dogmática de este país, que entiende alcanzada por la responsabilidad contractual cualquier situación de incumplimiento obligacional, cualquiera fuere la fuente de la obligación.

Sin embargo, el asunto es susceptible de mayor abundamiento. Debe tomarse en cuenta que la sociedad que integran los accionistas resulta obligada. Aun si se pacta la confidencialidad del acuerdo, los accionistas que no lo integren igualmente podrán acceder a la información que diga relación con el actuar del presidente en la Asamblea, para determinar si la sociedad que integran obra conforme a derecho, y respecto del presidente si está haciendo lo que debe cuando, opera la sociedad como “gendarme” del cumplimiento del pacto. Si se comunicó una determinada resolución del sindicato a la sociedad, ésta última, se ubica en situación de obligación y los accionistas todos ellos podrán acceder a dicha información, para determinar si la sociedad que integran obró conforme a derecho. A los efectos que los terceros puedan conocer la existencia del convenio, la norma no exige anotación en los títulos accionarios, en cambio cuando la limitación a la transferencia se regula en el estatuto el art. 19 de la LSAS sí la exige. Si un tercero adquiere una acción sujeta a restricciones de transferencia, que se encontraba estampada en el título respectivo, podrá convocarse su responsabilidad civil, el factor de atribución será el dolo en ese caso.

c) El plazo del convenio de sindicación en el Derecho Uruguayo

El plazo es esencial en el subtipo de pacto parasocial, convenio de sindicación, se trata de un negocio de ejecución continuada, llamado a perdurar en el tiempo; lapso en el que los sindicatos estarán obligados a ejecutar las prestaciones necesarias tendientes a la obtención del fin común.

En mérito a la regulación del negocio para las sociedades anónimas, cabe analizar en dos segmentos el régimen jurídico aplicable. Según dispone el art. 331 de la LSC uruguaya, *“Los convenios de sindicación de acciones tendrán una vigencia máxima de quince años, sin perjuicio de que las partes acuerden la prórroga tácita y automática de su plazo”*.⁷⁶³ El ámbito de aplicación de la norma se circunscribe a los convenios de sindicación “de acciones”.

Puede plantearse si alcanza a aquellos convenios en los que, además de accionistas, participan terceros o la propia sociedad, en mérito a la distinta enunciación del alcance subjetivo. Respecto al acápite, del artículo, el mismo se refiere a los

⁷⁶³El plazo previsto en la redacción original de la LSC, era de cinco años, el mismo fue extendido por la ley 17.243.

convenios de sindicación de accionistas, en tanto que al fijar el plazo se indica “*Los convenios de sindicación de acciones*”.

Podría entenderse que la limitación en el plazo alcanza a los celebrados por algún accionista y terceros en tanto el objeto del convenio refiere a los derechos emergentes de las acciones, pues en la norma que regula el plazo no se alude a sujetos de derecho, sino a bienes.⁷⁶⁴

Esta norma, que limita la eficacia del contrato a un segmento de tiempo determinado, no se relaciona con los requisitos referidos a la oponibilidad del convenio, o al nacimiento por imperio de la ley de obligaciones para la sociedad anónima o sociedad por acciones simplificada, analizados en el número anterior.

Por lo que, en presencia de un convenio celebrado por al menos *algún accionista*, resulta aplicable la norma de marras que limita el plazo.

En la doctrina vernácula se ha discutido si el plazo máximo fijado por la ley, puede ser modificado por las partes, o si tal posibilidad se encuentra excluida del ámbito de la autonomía privada. Así ha postulado Holz tal limitación, y la imposibilidad de exceder dicho plazo.⁷⁶⁵

Jiménez de Aréchaga entendió que resultaba lícito un sindicato de accionistas con plazo de duración superior al plazo legal, atendiendo a que el interés protegido por la norma en el caso del ejercicio del derecho de voto es renunciable o disponible por el accionista.⁷⁶⁶

Indicaba esta autora, que una limitación a la autonomía privada solo puede extraerse de una disposición a texto expreso, agregaba que cuando una ley es de orden público ello se señala de esa forma, cita el ejemplo de las leyes en materia arrendaticia, agrega que en la LSC, algunas normas establecen que no puede pactarse en contrario, no es el caso, y que la base del derecho privado de los contratos, continúa siendo en

⁷⁶⁴Contra Holz quien sostiene que rige para todos los convenios. HOLZ, E., *op. cit.*, p. 137.

⁷⁶⁵HOLZ, E. *ibid.*

⁷⁶⁶JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, M., *Algunas consideraciones acerca de la sindicación de acciones en la ley 16060 de sociedades comerciales*, *op. cit.*, pp. 141-148.

materia societaria la autonomía de la voluntad, salvo en lo referido a disposiciones que establecen que no se admitirá pacto en contrario.⁷⁶⁷

Refiriendo al tema del orden público en la LSC, el profesor de la Universidad de la República, Olivera García, ha sostenido que no existe motivo alguno para aplicar en materia de sociedades comerciales un criterio diferente al aplicado para el resto del ordenamiento jurídico, para determinar si una norma es o no de orden público deberá indagarse, en cada caso, el carácter público o privado del interés protegido por la norma, no siendo suficiente la simple lectura y exégesis de las disposiciones que integran el derecho positivo.⁷⁶⁸

Los argumentos esgrimidos en la doctrina por la autora uruguaya Jiménez de Aréchaga, seguida por el profesor Hargain, sitúan el tema en el orden público. Jiménez de Aréchaga luego de recordar que en derecho privado el principio que rige en la materia es el de la autonomía de la voluntad, es decir, en materia contractual rige el principio de que la ley es supletoria de la voluntad de los particulares y que cuando el legislador ha querido que los particulares no se aparten de lo establecido, lo ha dicho a texto expreso, luego cita enunciados normativos que establecen que será nula tal o cual previsión, si no es ilícito, los particulares pueden pactar algo distinto de lo que dice la norma. La profesora Holz, en cambio se asume como una limitación a la autonomía privada el plazo máximo previsto en la ley.⁷⁶⁹

Es que la creación de normas jurídicas por los particulares en ejercicio de la autonomía privada, no solo es libertad sino que depende de reglas de reconocimiento, o normas de competencia dichas normas.

La limitación a la eficacia temporal del negocio, no se relaciona con el orden público, ni es pasible de ser extendida por analogía, está acotada a este tipo de convenios, no alcanza a los celebrados en otros tipos sociales.

No presenta peculiaridades respecto del resto del ordenamiento jurídico, la asignación de significado a las normas en materia de sociedades comerciales, en materia de orden público.

⁷⁶⁷Cfr. HARGAIN, D, “*Sindicación de Acciones*”, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁶⁸OLIVERA, R, “*Modificaciones de la ley de urgencia....*”, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁶⁹ Entre otros ejemplos lo mismo ocurre en materia de arrendamientos urbanos en el régimen del Código Civil uruguayo, o en materia de fideicomiso de ese país que fija el plazo máximo en treinta años.

El art. 18 del Código Civil indica el sistema de significación (código) a utilizarse para interpretar las leyes y el art.17 la estructura básica del método de interpretación.

En la norma en examen, el legislador no valora la conducta, solo niega en atención a los accionistas considerados en sí mismos la posibilidad a estos de que se obliguen por un tiempo superior. La limitación en cuanto al plazo, se dirige a la potencialidad del sujeto para crear la norma negocial, por lo que desde la perspectiva del sujeto el mismo esta privado mediante su voluntad de obtener la finalidad querida, la alusión en la norma a la posibilidad de pactar prórrogas aún automáticas confirma la asignación de significado que viene de efectuarse.

Adicionalmente, si las partes no pactaron limitación temporal alguna, la ley fija un plazo transcurrido el cual, se extinguirá el convenio en el que participen accionistas.⁷⁷⁰

El art. 331 de la LSC en su inciso final y el art. 28 de la LSAS, al regular el plazo establecen que las partes pueden acordar la prórroga tácita o automática del mismo.

El autor uruguayo Lapique, aprecia que esto atenta contra la seguridad de los beneficios que puede haber negociado el accionista minoritario al momento de celebrar el convenio y debería ser posible pactar soluciones a plazos más extensos, si esa es la voluntad de las partes. Este autor compatriota, sugiere a los operadores, como forma de evitar las dificultades que puede comportar la limitación temporal, establecer una obligación de prorrogarlo, estableciendo para el caso de no hacerlo una opción de compra por ejemplo con el 50 % del valor patrimonial, aclara que en Uruguay, se pacta dicha cláusula aunque –debe considerarse la dimensión del país- no hay jurisprudencia que haya analizado su validez. Señala este autor compatriota que se podría considerar

⁷⁷⁰ Opina que “el plazo es indisponible” Miller funda el aserto así “ Estamos por tanto gramaticalmente ante una orden legal” “La intención o espíritu de la norma a interpretar o dicho también como el bien jurídico a tutelar a nuestro entender no es solamente los accionistas pactantes sino que comprende también la sociedad en cuestión. Esto se aprecia claramente cuando el pacto es oponible y exige por tanto una conducta activa de la sociedad. En este escenario la perpetuidad del pacto, en el razonamiento del legislador, habría de conspirar seguramente con el funcionamiento de la sociedad y de sus órganos. De allí mejor poner algún límite.” MILLER, A., *op. cit.* p. 195.

que en forma indirecta se está violando el plazo máximo de quince años al obligar a prorrogar el plazo.⁷⁷¹

El art. 331 LSC uruguayo prevé la posibilidad de pactar en el convenio de sindicación la “*prórroga tácita y automática de su plazo*”. A través de este enunciado, se confiere a los pactantes la posibilidad jurídica de prever el surgimiento, de un nuevo contrato de idéntico contenido a la extinción de aquel, una situación asimilable a la histórica “tácita reconducción”. Esta figura, preterida en el derecho uruguayo, por su exclusión en su ámbito natural con la codificación –arrendamiento de cosas–, sirve de insumo para entender la previsión en esta materia que ahora nos ocupa. La misma, comporta el surgimiento de un nuevo contrato de idéntico contenido, al cese del anterior, si ninguna de las partes se expide en sentido contrario o si transcurrido un plazo luego del vencimiento no expresa su voluntad de desvincularse.

De haberse pactado esto, debe tenerse en cuenta que si se hubiera cumplido con lo necesario para que el convenio surtiera efectos para la sociedad y fuera oponible a terceros y se pretende proseguir con las mismas consecuencias, habiéndose extinguido el contrato original, deberá para el nuevo convenio surgido de forma tácita y automática, cumplirse las mismas instancias, pues el contrato original se ha extinguido.

Ha surgido otro como consecuencia de la “tácita reconducción”, que puede pactarse en ejercicio de la autonomía privada adjudicando valor al silencio para la celebración de un nuevo convenio, en tanto el anterior cesó en su eficacia por haberse cumplido el plazo legal.⁷⁷²

Para todos los convenios de sindicación en los que no intervienen titulares de acciones, no hay una norma que determine el plazo máximo.

Al tipificarse la especie convenio de sindicación, dentro del género pacto parasocial, se indicaba que el tiempo opera como duración en el mismo. En ausencia de norma que determine el plazo máximo de extensión de los citados convenios, debe

⁷⁷¹LAPIQUE, L. *Convenios de Accionistas*, FCU, Montevideo, 2021, p. 23.

⁷⁷² En el derecho uruguayo a diferencia de otros sistemas como el español la tácita reconducción no se encuentra prevista en materia arrendaticia el art.1790 del CC de ese país, indica que vencido el término convencional del arrendamiento si el arrendatario permanece en el uso y goce de la cosa arrendada, no se entenderá que hay tácita reconducción, sino la continuación del arrendamiento concluido. En tanto el art. 1782 prevé el máximo legal admisible para los arrendamientos, con carácter general en 15 años indicando que “*El que se hiciere por más tiempo caducará a los quince años*” para ciertas situaciones se prevé un lapso más extenso.

tenerse presente la imposibilidad normativa de perpetuidad de las relaciones obligatorias.

Si no se establece un plazo en el convenio lo relevante es determinar cómo y cuando un pactante puede desvincularse, y si se establece, se ha generado debate doctrinario respecto a cuál es la extensión admisible del plazo.

Una primera limitación surge del lapso en el que el sindicado continúe revistiendo la calidad de socio o accionista, otra del plazo que tiene el contrato de sociedad, al que accede el convenio de sindicación.

Estas soluciones se revelan en la práctica, generadoras de inconvenientes, entre otras cosas porque el plazo de la sociedad es muchas veces incluso más largo, que el de duración de la vida humana, y esto hace que el límite de duración de la sociedad, colida con la norma que indica obligarse a perpetuidad repugna a la libertad individual y no resulta admisible en nuestro sistema.

En otro orden la desvinculación de la sociedad como hecho que comporta el fin de la pertenencia al sindicato puede generar que el sindicado que tenga la voluntad de dejar de pertenecer al sindicato pero no a la sociedad, opte por dejar de pertenecer a esta, buscando ese fin, o en su caso se genere la propia disolución de la sociedad, o dificultades para esta, motivadas en la conducta de quien, en realidad, solo quería dejar de pertenecer al sindicato.

Cuando no fuere definido el plazo y surgiere de lo convenido el propósito del convenio, habrá de estarse al mismo, o bien si no es posible recurrir a tal extremo, las partes podrán retirarse del convenio cuando lo consideren apropiado.

En estos casos puede generarse la disolución del sindicato de voto por voluntad de uno o varios de los sindicados. Aunque puede pactarse que el sindicato continúe respecto al resto de los sindicados.

En aplicación supletoria de las normas en materia de sociedad civil, de acuerdo a la calificación negocial efectuada para el Derecho Uruguayo cabe señalar que

el artículo 1933 del Código Civil, establece que la sociedad puede expirar por la renuncia que haga uno de los socios de buena fe y en tiempo oportuno.

CONVENIOS DE SOCIOS Y ACCIONISTAS

LOS PACTOS PARASOCIALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y EL
DERECHO DE DAÑOS

CAPÍTULO OCTAVO

ORGANIZACIÓN, FUNCIONAMIENTO, GARANTÍAS, Y DISOLUCIÓN

8.1 Introducción

Se señaló en el Capítulo Primero, que la expresión “**pactos parasociales**” se utiliza en esta obra para referir a *contratos que son celebrados por socios o accionistas de una sociedad comercial, civil o cooperativa, entre sí o con terceros, en referencia a por lo menos una de las situaciones jurídicas, generadas por normas que toman como presupuesto de hecho sus posiciones contractuales en la sociedad*. En cambio, “**convenios de sindicación**” se utiliza para los “*pactos parasociales*”, que se celebran con el fin de constituir una agrupación voluntaria de personas. Al tipificar a esta última figura, se analizó el régimen aplicable en cada uno de los sistemas jurídicos que se analizan en el presente. Ahora nos detendremos en algunas situaciones jurídicas en que pueden ubicarse los sindicatos, garantías para el cumplimiento de lo pactado, y se hará referencia a la organización y disolución de los mismos.

8.2 Garantías

8.2.1 Concepto

El concepto de “*garantía*” es anfibológico en el Derecho, así en el constitucional denota la tutela de los derechos fundamentales y en el derecho privado, una ampliación de las conductas eventualmente exigibles a un obligado (garantía de evicción, vicios, garantía posventa), o un reforzamiento del crédito del acreedor. Este último, es el significado que incumbe al apartado. La garantía importa en términos aritméticos sumar, se trata de la ubicación del acreedor, en este caso los recíprocamente acreedores, los sindicatos, de nuevas situaciones jurídicas, de modo tal que se ve reforzada la posibilidad de satisfacción de su crédito. ⁽⁷⁷³⁾

8.2.2 Cláusula Penal

Una forma de pretender asegurar el cumplimiento por parte de los sindicatos es la creación de garantías, entre ellas la estipulación de una cláusula penal.⁷⁷⁴ La misma puede caracterizarse como una convención accesoria a todas o

⁷⁷³ Cfr. LORENZETTI, R. L. *Tratado de los Contratos*, Tomo III, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Bs.As – Sta.Fe 2000, pp. 476-478.

⁷⁷⁴ PÉREZ MORIONES, A. “*Los sindicatos de voto....*” *Op. cit.* pp. 446- 447; PEDROL RIUS, A., *La anónima actual y la sindicación de acciones*, *op.cit.* p. 294. La figura analizada en esta obra es un contrato civil, por lo que le será de aplicación en caso de pactarse una cláusula penal lo edictado en los respectivos códigos civiles, de todas formas, en el derecho mercantil en este ámbito se encuentra la determinación de

algunas de las obligaciones que asumen los sindicatos, que podrá exigirse verificado el incumplimiento.

En la dogmática, se ha polemizado históricamente sobre la calificación de la cláusula penal. Se trata de una obligación accesoria, de una prestación que el deudor debe satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento temporal o definitivo.⁷⁷⁵

La cláusula penal quedará sujeta a las respectivas leyes vigentes en estos países sobre intereses usurarios, leyes de defensa del consumidor, sobre condiciones generales de la contratación entre otros, cuyo análisis profundo trasciende el objeto de la presente tesis.

En Uruguay se ha sostenido que se trata de una figura punitiva, de índole aflictiva, por lo que es posible acumularla a los daños y perjuicios, lo que surgiría de los arts. 1363 C.C y 284 C.Com, de ese país, de donde surge que una persona para asegurar la ejecución de la convención, *se obliga a alguna pena*, en caso de incumplimiento.⁷⁷⁶

La aflicción consiste en abonar una suma de dinero, aunque podría establecerse en otro bien,⁷⁷⁷ para compeler al cumplimiento, el monto es superior al de la obligación y al de los daños para que cumpla la función de castigar. Es importante tener presente que cuando las partes consagran en forma expresa el cúmulo, es decir, la

la aplicación del régimen de los Códigos Civiles, en el Código de Comercio Español se la refiere en el art. 56, en caso de ausencia de regulación específica cabe la remisión al C.C según lo dispuesto en el art. 2 del C. Co. de España primero debe buscarse la solución en el ámbito de los usos de Comercio y luego acudir al derecho común. Sin embargo para el caso de la cláusula penal, se ha entendido que debe acudir directamente, -así entre los mercantilistas clásicos GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Madrid, 1968, p. 113- a su vez en el Derecho Uruguayo el Código de Comercio aún vigente fue el primero en dictarse tomándose el aprobado para el entonces Estado de Buenos Aires, o Provincia de Buenos Aires, de autoría de Dalmacio Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo con variantes introducidas por este último (1865), la materia civil se regulaba en la época, aun por la legislación española, el Código Civil entró en vigencia cuatro años después. En la dogmática mercantil del siglo XX para Sagunto Pérez Fontana con la vigencia del CC quedaron derogadas las disposiciones referentes a las obligaciones del CC pues el art. 2390 derogaba todas las leyes y costumbres que rigieron sobre la materia del código (PEREZ FONTANA, S. "Obligaciones y Contratos Comerciales" en *Revista Sociedades Anónimas*, Tomo XI, pp. 243 y siguientes; apud. OLIVERA, R. *Código de Comercio Anotado y Concordado* con la colaboración de Beatriz Bugallo, FCU, Montevideo, 1995, p. 23, n.17). En cambio Rodolfo Mezzera Alvarez entendía con base en lo dispuesto en el inciso final del mismo artículo 2390 que las disposiciones contenidas en el código de comercio estaban vigentes pues eran materia extraña al CC y no se oponían a él, Cfr. MEZZERA ALVAREZ, R., *Curso de Derecho Comercial*, Tomo III Montevideo, 1977, p. 10.

⁷⁷⁵DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo. II, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 457; DÍAZ ALABART, S., *La cláusula penal*. (Colección Derecho Español Contemporáneo), 1ª ed., Reus, Madrid, 2011, p.55.

⁷⁷⁶GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XVIII, 4ta. Ed. FCU, Montevideo, 2006, pp. 159 y ss.

⁷⁷⁷DÍEZ PICAZO, L., "*Fundamentos...*", *op. cit.*, Tomo. II, p. 457.

posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación principal (in natura) más la cláusula penal general (aquella referida al incumplimiento total de la prestación) tal como lo permiten los arts.1367 inc. 2do. C.C y 288 inc. 2do. C.Com, no cabe duda que la función que viene a cumplir en dicho caso la cláusula penal es la punitiva o aflictiva ya que en ese caso no habría perjuicio alguno a resarcir. Berdaguer autor uruguayo que con variantes sigue la tesis de la “*aestimatiorei*” y la “*perpetuatioobligationis*” al analizar la procedencia de la acumulación de la pena con la “ejecución por equivalente” sostiene que es de recibo, y no requiere pacto expreso, con base en el carácter punitivo de la cláusula penal, a lo que adiciona que el sistema uruguayo solo requiere pacto expreso, art. 1367 inc. 2 C.C para la ejecución forzada específica no para “la ejecución por equivalente” (*perpetuatioobligationis*) o la resolución del contrato⁷⁷⁸.

Sin embargo, la cláusula penal en el derecho uruguayo constituye una liquidación convencional de daños y perjuicios, con la diferencia que, en caso de pactarse, el deudor no podrá exonerarse por causa extraña no imputable, con la excepción que su obligación consista en dar cosa cierta y determinada y esta haya perecido sin su responsabilidad (art. 1369 C.C).

Entonces, salvo que se establezca lo contrario y se la configure como una pena, la cláusula penal tendrá función de garantía e indemnizatoria. Solo constituye una pena cuando se pacta la acumulación de la misma con los daños y perjuicios. La ley en el sistema uruguayo le atribuye de regla a la cláusula penal una función indemnizatoria, el art. 1367 del CC uruguayo establece que la cláusula penal, es la compensación de los daños y perjuicios que se irrogan al acreedor, en virtud de la falta de cumplimiento de la obligación principal. Por lo tanto, es una liquidación convencional de daños y perjuicios. De regla el acreedor no puede acumular la cláusula penal con la indemnización por daños. Aunque las partes pueden variar la función que la ley le asigna a la cláusula

⁷⁷⁸BERDAGUER, J., “Cláusula Penal, teoría, jurisprudencia, actualización” en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, Vol. 4, Ed. 2016, Montevideo, FCU, p. 24.

penal, lo que es autorizado por el art. 1367 incisos segundo, en este caso la cláusula penal tiene función punitiva.⁷⁷⁹

Respecto a los límites, ni en el Código Civil ni en el Derecho de Consumo los hay, sí existen para la usura, que alcanza cualquier operación de financiamiento y no solo los contratos de mutuo, para determinar la tasa deben computarse no solo los intereses sino también las cláusulas penales.⁷⁸⁰

En el derecho brasileño la cláusula penal fue regulada históricamente desde las “Ordenações do Reino” (L. IV, Título LXX). El Código Civil de 1916 la incluyó entre las modalidades de las obligaciones como era de estilo en los códigos del siglo anterior. El CC brasileño de 2002 lo incluyó en el título que regula el cumplimiento de las obligaciones, fue regulada además en los arts. 8 y 9 del Decreto número 22.626 de 7 de abril de 1933 referido a la usura se ha debatido en la dogmática si esto alcanzaba exclusivamente a los contratos de mutuo. De todas formas con el dictado del Código de Defensa del consumidor por ley 8078 de 1990, respecto a cualquier relación de consumo se limita la cláusula penal moratoria conforme al art. 52, reduciéndose así el ámbito de eficacia material de aplicación del decreto de 1933 sobre usura.⁷⁸¹ Existen dos especies de cláusula penal en el sistema brasileño, la primera de ellas, la compensatoria está prevista para el incumplimiento definitivo de la obligación, cuando el acreedor acude a la coerción estatal, podrá optar entre exigir el monto de la cláusula penal o el cumplimiento de la obligación, opción que una vez efectuada no admite retroceso (art. 410 CC brasileño), está vedado así reclamar la cláusula penal y el cumplimiento de la obligación. Pero también puede pactarse para garantizar el cumplimiento de algunas obligaciones del pacto, y en ese caso puede solicitarse respecto de esa obligación la cláusula penal y el cumplimiento de otras obligaciones emergentes del contrato. La segunda, la moratoria, se pacta para el caso de incurrirse en

⁷⁷⁹CARNELLI, S., “La Cláusula Penal” en ADCU, Vol. XXX, 2000, Montevideo, Ed.,FCU, p.768; MARIÑO LOPEZ, A. *Código Civil Comentado* op. cit. comentario al art. 1367, p. 639. Contra GAMARRA, J., “Tratado”.... op. cit. T.XVIII, p. 166, para quien que de esta forma se le retira autonomía a la cláusula penal subsumiéndosela en la liquidación convencional de daños y perjuicios (art. 1347 CC uruguayo).

⁷⁸⁰ Sobre este tema CAFFERA, G. *Responsabilidad Contractual – Introducción a su estudio en el Derecho uruguayo*, Ed. FCU 1era Ed., Montevideo, 2010, pp. 156a161, para quien en la relación entre los arts. 1363 y 1367 C.C. “la función de la sanción no es un problema interno de la sanción, sino de la relación de un sujeto con la misma”, por lo que para el deudor será una sanción y para el acreedor la cláusula penal cumplirá una función resarcitoria. CAFFERA, G., Ibid. p. 155.

⁷⁸¹LIMONGI FRANÇA, R. *Teoria e Prática da Cláusula Penal*, Editora Saraiva, São Paulo, 1988, p. 240.

mora, en ese caso la cláusula penal refiere a los daños moratorios y podrá solicitarse acumulativamente los daños moratorios y la ejecución de la obligación principal.⁷⁸²

En el derecho privado brasileño del siglo XXI, tiene fuerte incidencia la eticidad que comporta la equidad y la visión de la buena fe correctiva y la función social del contrato, perdiendo perfil el individualismo exacerbado, habiéndose reconstruido el derecho privado en aquel país. El art. 413 del C.C brasileño edicta que la cláusula penal debe ser reducida por el juez equitativamente si la obligación principal fue cumplida en parte o si reputa el monto manifiestamente excesivo teniéndose en cuenta la finalidad del negocio. En Brasil, a diferencia de lo que previsto en Uruguay, no cualquier situación de exigibilidad no seguida de cumplimiento comporta la obligación de abonar la cláusula penal, sino que el mismo debe ser imputable al deudor según el factor de atribución respectivo (art. 408), por lo que no se debe el importe si el incumplimiento material se origina en causa extraña no imputable. Se discute en la dogmática si esto admite pacto en contrario, asumiéndose en ese caso por el deudor los riesgos y pasando entonces a deber la cláusula penal aunque el incumplimiento responda a causa extraña no imputable.

La Prof. Ma, Helena Diniz postuló que la imputabilidad subjetiva del incumplimiento al deudor es un requisito para poder exigir la cláusula penal, a su juicio, si el incumplimiento se debió a causa extraña no imputable se verificó la extinción de la obligación y con ella de la cláusula penal.⁷⁸³

En lo referido al monto el C.C brasileño art. 412, limita el monto de la cláusula penal al de la obligación principal. El fundamento en un ordenamiento como el brasileño apunta a la lealtad y al equilibrio contractual, suponiéndose que el fuerte someterá el débil en esto, de no operar esa limitación. La dogmática analiza si alcanza a las dos especies de cláusula penal previstas en dicho ordenamiento la que aplica en caso

⁷⁸²DINIZ, MA. H., *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Ed. Saraiva, San Pablo, 2007, p.420.

⁷⁸³ DINIZ, MA. H., *Ibid.*, p.421; también NADER, P., *Curso de Direito Civil*, T.II, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 571. Desde otra perspectiva, puede entenderse que en ejercicio de la autonomía privada, en tanto es posible asumir el *casus* (caso fortuito, fuerza mayor, hecho del tercero) es posible entonces extender a la cláusula penal esa responsabilidad.

de incumplimiento temporal y a la que corresponde en caso de incumplimiento definitivo, o en otros términos cláusula penal moratoria y la compensatoria, no distinguiendo la ley no corresponde lo haga el intérprete, por lo que aplica a ambos tipos, no existe norma que imponga la nulidad de la cláusula u otras consecuencias, por lo que si la cláusula penal pactada sobrepuja el límite, el juez la reduce hasta los límites legales a la autonomía privada.⁷⁸⁴

En España se regula en los arts.1152 a 1155 del CC dentro del apartado de obligaciones, indicándose en el título “De las obligaciones con cláusula penal” tal como era costumbre en los códigos decimonónicos. También en ese sistema el pactar la cláusula penal evita, probar el daño y liquidarlo, verificado el incumplimiento se torna exigible el monto de la cláusula penal. También en este sistema además de las funciones de garantía e indemnizatoria, puede asumir una función punitiva, en caso de pactarse la acumulación de la pena con el cumplimiento o con la indemnización de los daños padecidos, en efecto el art. 1152 CC prevé la regla consistente en que la cláusula penal sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, pero esto ocurre “si otra cosa no se hubiere pactado” y el art. 1153, habilita a requerir la ejecución forzada específica más la pena si se hubiera pactado.⁷⁸⁵

En el CC y Co. argentino, la cláusula penal se tipifica en el art. 790, indicándose que es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardado en ejecutar la obligación.

Al igual que en el derecho brasileño se distingue, la cláusula *moratoria* que se aplica en caso de retardo imputable en el cumplimiento de la obligación y su pago es acumulable a la ejecución de la prestación principal y la *compensatoria* que corresponde en caso de inejecución definitiva de la obligación principal, no es acumulable con el reclamo de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor. La regla es que la cláusula penal acordada no puede ser modificada por excesivo que sea su monto, tampoco si es escaso, la obligación de abonarla no se relaciona con acreditar que el acreedor sufrió daños, puede no haber sufrido ninguno. Sin embargo, en el moderno CCyCo, indica que *el juez podrá reducirla cuando “su monto sea desproporcionado con la gravedad de la falta*

⁷⁸⁴LIMONGI FRANÇA, R. *op.cit.* p. 180.

⁷⁸⁵CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario a los arts. 1152-1155 CC”, en PAZ-ARES, C. DÍEZ PICAZO, L. BERCOVITZ, R. Y SALVADOR, P. (dirs.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 158; DÍEZ-PICAZO, L. “Fundamentos...”, *op. cit.*, T.II, p.466.

que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”(art.794,párr.2). La cláusula penal puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, o cualquiera otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero (art. 791).

Con relación a la imputabilidad del incumplimiento y su consecuente factor de atribución, es necesario considerar que el art.1721 CCyCo establece que la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa diversa, el factor de atribución es la culpa. Mientras que el art.1723 CCyCo estipula que cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva. Si bien la mayoría de la magistratura nacional considera que, a los fines de la aplicación de la cláusula penal pactada, es menester imputar el incumplimiento del deudor a título de dolo o culpa, caso contrario no hay responsabilidad. Respecto a la invocación de causa extraña no imputable, para interrumpir el nexo de causalidad o la relación de atribución, en la Argentina el art.1730CCy Co estipula que se considera caso fortuito o fuerza mayor el hecho que no ha podido ser previsto o que, habiéndose previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. La invocación del caso fortuito, en los términos del art.1730CC y Co, exige a quien lo invoca probar que el hecho constituyó un obstáculo insuperable para el cumplimiento.⁷⁸⁶ Se ha discutido como debe medirse la imposibilidad, si deben considerarse las características del deudor, el contexto o si por el contrario, debe ser algo irresistible de forma absoluta para cualquier ser humano, para eximirse de abonar la cláusula penal el CC y Co. en su art. 792 requiere “prueba la causa extraña que suprime la relación causal” y agrega que “La eximente del caso fortuito debe ser

⁷⁸⁶JALI, J. E, “Comentario a los art. 790-804”, en *Código civil y comercial de la Nación comentado*, CAMELO, G;PICASSO, S;HERRERA, M.-1aed.-Ciudad Autónoma de Buenos Aires :Infojus, 2015, pp.83-90.

interpretada y aplicada restrictivamente” por lo que parece que se orienta en caso de pactarse una cláusula penal por una imposibilidad objetiva.⁷⁸⁷

Dentro de esos límites en los pactos parasociales pueden distinguirse dos tipos de cláusulas penales, las consistentes en el pago de una cantidad de dinero o de cantidades cumulativas ante la exigibilidad no seguida de cumplimiento; y las que prevén determinados efectos sobre las acciones o participaciones sociales titularidad del socio incumplidor. A su vez irá variando la gravedad según la relevancia de la obligación incumplida, de modo que del monto de dicha severidad puede inferirse la trascendencia.⁷⁸⁸

Feliu Rey ejemplifica indicando un supuesto de cláusula penal moderada para el incumplimiento de una obligación de no competencia sin gran importancia por una etiología variada (dispersión de la compañía, características del mercado, u otros motivos). En cambio indica el autor en cita si la referida cláusula representa uno de los elementos de mayor relevancia la cuantía de la pena será largamente superior capaz de persuadir a las partes a realizar tal conducta, o en un sindicato de voto si un grupo de control de una sociedad que cotiza en bolsa, pacta una cláusula penal que tienda a desestimar posibles comportamientos infieles, pues un apartamiento en el voto puede comportar daños, y ejemplifica con la pérdida de la condición de socio, “a través de la venta de las acciones o participaciones de las que es titular el incumplidor (...) o (...) mediante la exigencia de compra por parte de este último de las acciones o participaciones del resto de los socios (separación) ambas transacciones con un valor penalizado.”⁷⁸⁹

Sin embargo, debe distinguirse el supuesto consistente en la aplicación de una pena, de otros mecanismos, previstos en el convenio que no pueden reconducirse a dicha figura. Una cláusula penal comporta el siguiente supuesto, se produce la inejecución de la prestación y los acreedores –los restantes sindicados- son titulares de un crédito, pues la pena consiste en ciertos bienes muebles vg. acciones, si el deudor no abona la pena deberán acudir a la justicia a solicitar se lo condene a cumplir con la obligación accesoria emergente de la cláusula penal, en el caso vg. a transferir las

⁷⁸⁷ Para un panorama de la causa extraña no imputable, la tendencia a la objetivación y la flexibilización contemporánea, en la doctrina española, argentina y uruguaya, MARIÑO LÓPEZ, A., *Los Fundamentos de la responsabilidad contractual*, op.cit. pp. 246-264.

⁷⁸⁸ FELIU REY, J., op. cit. p. 383.

⁷⁸⁹ FELIU REY, J., op. cit. pp. 383-384.

acciones a prorrata de la participación de los restantes sindicados y en ese caso serán de aplicación las normas en materia de cláusula penal, tal como si la prestación a cargo del incumplidor emergente de la cláusula penal consistiera en abonar una suma de dinero.

Esta situación es diversa de otras, que pueden preverse para excluir el incumplimiento, vg. las opciones de compra recíprocas, que no requieren la intervención de la justicia dependiendo de la forma en que se hubiesen instrumentado (supra Capítulo Quinto), o en los ordenamientos analizados en el presente, salvo el español que no lo tiene regulado, un fideicomiso en garantía con instrucciones para el fiduciario en caso de exigibilidad no seguida de cumplimiento. En el primer caso el beneficiario de la opción la ejercerá y la transferencia operará y será el afectado quien deberá invocar que no se verificaron los supuestos de hecho necesarios para que operara dicha transferencia. Cabe precisar que en nada se relaciona este supuesto con la prohibición de pacto comisorio en las garantías reales, en efecto, si se trata de una cláusula penal, la situación es de obligación y no de derecho real y en lo referido al monto depende de la autonomía privada sin perjuicio de la posibilidad de morigerar el monto por parte del juez conferida en algunos ordenamientos y si se trata de un negocio de opción (supra Capítulo Quinto) la referencia deberá buscarse en los negocios abdicativos, en las situaciones de sujeción y en el derecho potestativo conferido a un sujeto, situación diversa a la de derecho real.

En el derecho brasileño y argentino existe la posibilidad de morigerar el monto de la pena, en el uruguayo y el español, respectivamente, los arts. 1370 y 1154 de los respectivos códigos civiles, establecen que el juez solo podrá morigerarlo cuando la obligación hubiera sido ejecutada en parte.

En ambos ordenamientos se ha asumido el carácter imperativo de la norma emergente de esos enunciados. En España se ha postulado *el carácter imperativo* indicándose que la pena está estipulada respecto a un incumplimiento total, además de fundarlo en la equidad.⁷⁹⁰ La jurisprudencia uruguaya ha sostenido también esa interpretación. En la dogmática uruguaya se ha postulado también, que en caso de

⁷⁹⁰CABANILLAS SÁNCHEZ L., "Comentario a los arts. 1152-1155 CC...", *op. cit.*, p. 160. Díez-PICAZO, L. "Fundamentos...", t. II, *op. cit.*, p. 468.

resolución del contrato no corresponde dicha reducción, en ambos casos con opiniones discordes en la doctrina.⁷⁹¹

Debe distinguirse esto de la situación en que se prevé la cláusula penal para un incumplimiento de una obligación, entre un elenco de obligaciones de contenido proteiforme que incumben a un pacto parasocial, la referencia debe tomarse respecto al cumplimiento parcial de la obligación garantizada con cláusula penal, si se prevé que ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas se generará la pena no corresponderá analizar si es una de muchas para moderar la pena, esto al menos en el derecho español y en el uruguayo, en el derecho argentino y brasileño la justicia interviniente tiene la posibilidad de moderar la prestación a cargo del incumplidor.

En los sistemas uruguayo y español, en caso de cumplimiento parcial, la moderación de la pena se realizará incluso de oficio a tenor de los arts. 1370 y 1154 de los CC, respectivamente.⁷⁹² Este cambio de orientación, desde nuestro punto de vista, coincidente con parte de la doctrina, no es aceptable. Además de ciertos inconvenientes que pueden acarrear como son, por ejemplo, los producidos por el binomio discrecionalidad-litigiosidad, la inseguridad jurídica, etc., en relación con lo que interesa en este trabajo, preocupa la pérdida en parte de la función coercitiva de la cláusula penal, y ello porque si el deudor, sabe que la pena puede ser moderada, ese efecto coercitivo puede ser disminuido. Igualmente la inmediatez y eficacia en la exigibilidad de la pena contenida en la cláusula penal también pueden ser mermadas. Esta moderación de la pena resulta, en algunos casos, de difícil aplicación en los pactos parasociales, ya que, por la forma de redacción de los mismos, y por el tipo de obligaciones a las que hace referencia normalmente la cláusula penal, resulta difícil un incumplimiento parcial.

La cláusula penal, por si sola, no es un mecanismo jurídico suficiente la para la satisfacción del interés del acreedor; ante un incumplimiento del deudor, lo que pretenderán los demás sindicados, es que la pena se haga efectiva de forma inmediata, por lo que si se establece que el incumplidor debería pagar al acreedor una cantidad

⁷⁹¹En Uruguay se ha sostenido que no tiene carácter de orden público, CAFFERA, G. *op. cit.* p. 166. Ha sostenido que aun en caso de resolución total del contrato puede haber reducción de la cláusula penal, CARNELLI, S. del art. 1370 en Uruguay, CARNELLI, S. "La cláusula penal" *op. cit.* p. 777, en contra han opinado GAMARRA, J. "Tratado..." T XVIII, *op. cit.* p. 177; CAUMONT, A., - MARIÑO, A. "La pena pactada para sancionar el incumplimiento es irreductible en caso de resolución del contrato" en ADCU T. XXXIII, Montevideo, p. 501.

⁷⁹²CABANILLAS SÁNCHEZ A, "Comentario a los arts. 1.152-I.155 CC...", *op. cit.*, p. 161.

dineraria o transferir acciones o participaciones sociales deberá transitarse un proceso judicial a efectos de la obtención del pago o de la entrega.⁷⁹³ Allí entran a jugar otras figuras como las garantías reales, el fideicomiso, el otorgamiento de poderes irrevocables, los negocios de opción, entre otros.⁷⁹⁴

8.2.3 Escrow y garantías a primera demanda

A fin de prevenir el incumplimiento es de estilo pactar un depósito en garantía de las acciones cuando estas pueden calificarse como títulos valores. La acción es una cosa mueble, que puede estar incorporada o no a un título valor, un documento que le sirve de soporte. Las obligaciones que surgen del convenio de sindicación, se garantizan mediante la entrega de esos bienes muebles, con instrucciones para que quien lo recibe lo devuelva a quien se lo entregó o lo entregue al beneficiario de la garantía si se verifica cierto hecho, lo que se ha referido con el contrato socialmente típico y cuya tipicidad de configurar y consecuente regulación ha merecido análisis, denominado *escrow*, que presenta aristas del depósito, del mandato o comisión, o hasta de un negocio fiduciario. El *escrow*, es un contrato con tipicidad social, ligado a una relación principal, basado en la confianza que las partes del contrato del que surge esta última tienen a un tercero al que le confían los bienes, vg. acciones, que tiene una función de garantía, pues el acreedor podrá fácilmente obtener satisfacción a su interés, se trata de un negocio con tres intervinientes y dos partes, los depositantes, acreedor y deudor y el depositario, un negocio conexo con el principal, con finalidad asegurativa.

A diferencia de otras garantías oriundas del derecho angloamericano, como por ejemplo el *trust*, el depositario no recibe la propiedad sino la mera tenencia de los bienes, a los que deberá dar el destino indicado en el contrato, en el que se obligó para con ambos sujetos, acreedor y deudor a guardar los activos, a lo que, puede adicionarse, de forma combinada cierta actividad, vg. votar en la asamblea –junta- de accionistas por ellos y darle el destino acordado por las partes, en los plazos pactados y según se verifiquen ciertas vicisitudes que se deben prever en el negocio, de forma

⁷⁹³FELIU REY, J. *op.cit.* p. 386.

⁷⁹⁴Sobre estos últimos, cabe remitirse a lo analizado en el Capítulo Quinto.

detallada para evitar inseguridades especialmente no deseadas cuando se procura la creación de una garantía de este tipo.⁷⁹⁵

La celebración de un *escrow* o de un depósito en garantía, supone un soporte material de las acciones. Si el estado de socio y la consecuente participación social se soportan en títulos aun *no impresos*, o si estando *no* han sido *entregados* al accionista, esta garantía, que supone la entrega, no es aplicable. Como remedio ante el incumplimiento, se puede pactar ante acciones no impresas o no entregadas, la opción conferida recíprocamente –supra Capítulo Cinco-, que se concretará mediante la manifestación de voluntad de los optantes, perfeccionándose así un contrato por el que se traspasan un conjunto de situaciones jurídicas, las propias del estado de socio.

Sobre la causa de dicho contrato en los sistemas español, argentino y uruguayo –causados- deberá estarse a lo concretamente regulado, rechazándose la existencia de una causa genérica como se ha postulado por parte de la doctrina para la cesión de créditos.⁷⁹⁶

Corresponde determinar en cada caso, el tipo contractual. La opción puede comportar la expulsión del incumplidor o, a la inversa, la salida de aquellos sindicados acreedores a quienes se les faltó; así, opción para la adquisición o para la enajenación.

Allí jugará el precio determinado, el cual será bajo si quien sale es el incumplidor o, por el contrario, será alto o muy alto si quienes salen son los restantes sindicados acreedores de la obligación incumplida o terceros con derecho de acompañamiento.

Deteniéndonos en la causa, puede resultar próxima la figura a una compraventa con finalidad de garantía, lo que en los sistemas causales podría impactar en la causa del negocio, negocio de cambio utilizado con finalidad de garantía. Una vez precisada que la finalidad era la garantía entra a incidir la prohibición de pacto

⁷⁹⁵ Sobre este contrato en los sistemas continentales puede consultarse entre otros, MORAIS ANTUNEZ, J. T. *Do contrato de depósito escrow*. Ed. Coimbra: Almedina, Lisboa, 2007; FELIU REY, J. *El Contrato de Escrow*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2021.

⁷⁹⁶ Por ejemplo GAMARRA, J. *Tratado.. op. cit.* T. IV, pp. 370-380, para quien hay una causa genérica y una variable siempre que se celebra un negocio que implique la cesión de un crédito.

comisorio en las garantías reales, asunto sobre el que se vuelve en el numeral siguiente.⁷⁹⁷

De pactarse una opción, el beneficiario de la opción la ejercerá y la transferencia operará y será el afectado quien eventualmente podría ingresar a debatir sobre la causa del negocio y si se trata de una compraventa sin causa de cambio. Respecto a la tradición, alcanzará con la ficta ubicándose el cesionario en el mismo lugar, grado y prelación que el cedente – que es el incumplidor del pacto-, notificándose luego al deudor cedido, en el caso la sociedad, esta podrá entregar los títulos al nuevo titular o deberá emitirlos a su nombre.⁷⁹⁸ A la opción deberá agregarse, una garantía, para evitar que se disponga de los derechos a despecho de la opción conferida, o se

⁷⁹⁷ El tema de las garantías atípicas, clásico y ampliamente debatido excede el objeto del presente, ampliamente sobre el tema, puede consultarse la obra del Prof. de Bologna, SESTA, M. *Le garanzie atipiche. Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia, contratto autonomo di garanzia*, Cedam, Padova, 1988; y en Uruguay, MOLLA, R. “Compraventa con fines de Garantía”, *ADCU*, T. XXVIII, 1997pp. 630-631 donde este ex profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, señala: “*El esfuerzo es estéril y el error reiterado se pretende arribar a soluciones del sistema alemán, salvando las diferencias inconciliables entre éste que admite el negocio abstracto y los que como el nuestro, el argentino, el italiano, el español, el francés; por citar algunos, de vertiente causalista, no admiten a través del camuflaje de la causa fiduciae*”, ente los negocios inadmisibles, identificaba siguiendo a Michele Sesta la “compraventa celebrada entre deudor y acreedor, cuya eficacia queda sujeta a la verificación de la condición suspensiva del incumplimiento del deudor” op. cit. p. 628; cabe aclarar que el artículo es de 1998 de allí la referencia sin más al sistema francés. Sin embargo, la legislación italiana ha se ha flexibilizado en al materia, a respecto puede consultarse <https://www.magistraturaindipendente.it/le-nuove-forme-di-garanzie-reali-tipiche-ed-atipiche-alla-luce-dei-recenti-interventi-norm.htm>.

⁷⁹⁸ Sobre los sistemas de cesiones de créditos español, francés y germánico, puede consultarse la amplia obra del Profesor Valenciano GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. entre otros, *La Cesión de Créditos, sistema español de cesión de créditos : (formación, sistema traslativo y protección del deudor)*, Tirant lo Blanch, España, 1993, asimismo, el clásico estudio de PANTALEÓN PRIETO, F.; “Cesión de Créditos”, en *ADC Español*, Vol. 41, N° 4, 1988, pp. 1033-1132. Para el Derecho uruguayo si bien la cesión de créditos aparece regulada en el Capítulo VIII del Título II de la segunda parte del Libro Cuarto del Código Civil, esto es en sede de Compraventa, lo allí normado para las transmisiones de créditos, en general, sin especificar cuál sea el título de la transmisión, (v.gr. notificación al cedido, oposición a la cesión) no solo en caso de una venta, sino por ejemplo en caso de permuta, transacción, herencia o legado, con las peculiaridades que corresponden cuando el título procura una liberalidad (por ejemplo en materia de donación de bien futuro artículo 1625), las que refieren a la cesión onerosa de créditos serán directamente aplicables a la venta de créditos y por analogía a las demás cesiones onerosas, si hay identidad de razón. La cesión no es un negocio genérico, ni mucho menos un tipo contractual, no existe causa genérica, sino solo la que se ha denominado causa variable, no se trata de un negocio que pueda ser gratuito u oneroso (como el mandato o el mutuo por ejemplo), por cuanto el referente material de la prestación, un crédito, o la salida de un sujeto de una situación subjetiva activa y la entrada de otro según se prefiera, no es un elemento que permita diferenciar un tipo contractual, la causa de la cesión será la que corresponda según se trate de un contrato oneroso o gratuito el que le sirva de título. Puede consultarse al respecto AMORÍN, M. - PÍRIZ, J. “El Contrato de Factoring en el Derecho Uruguayo”, *Rev. Crítica de Derecho Privado*, 2005, Ed. Carlos Alvarez, nro. 2, Montevideo, p. 165, n.11; Cfr. GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. op.cit. pp. 173-176.

pretenda esto. Para determinar si hay un simple incumplimiento de una obligación de no hacer o la imposibilidad de hacer tradición, debe precisarse si el negocio de opción, es un contrato, que genera la obligación de no celebrar contratos con terceros ⁷⁹⁹ o se trata de una convención con contenido abdicativo. ⁸⁰⁰

La misma finalidad, podría instrumentarse de forma más certera, mediante la celebración de un fideicomiso en garantía, sin embargo, muchas veces no se opta por esta figura pues debe inscribirse y tiene otros costos asociados. ⁸⁰¹

En el fideicomiso en garantía, el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de obligaciones a cargo del propio fiduciante o de un tercero, designando como beneficiario a su acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada. ⁸⁰² Podría pactarse un fideicomiso en garantía con instrucciones para el fiduciario en caso de exigibilidad no seguida de cumplimiento, por ejemplo venda las acciones y entregue el producido a los beneficiarios. ⁸⁰³ Sin embargo para un sector de la dogmática, aun en ese caso, de mediar conflicto, entre el acreedor y el deudor, la garantía no podría ejecutarse sin que actúe un tercero que resuelva el conflicto intersubjetivo de intereses, juez o árbitro,

⁷⁹⁹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1/2, Ed. Tecnos, 1998, p.60.

⁸⁰⁰ SÁNCHEZ FONTANS, J. *La Naturaleza de la Opción*, reimpresión en *Rev. La Justicia Uruguaya* 75 aniversario, 2015, Montevideo, pp. 79-90.

⁸⁰¹ En España no se consagra esta posibilidad.

⁸⁰² KIPER, C. M. - LISOPRAWISKI, S. V.- *Tratado del Fideicomiso*, 2d. Ed. Depalma, Bs. As, 2004 pp. 463-509, para la crítica de la utilización de la figura no regulada como subtipo de fideicomiso especialmente en la ley argentina 24441 y su posible violación del pacto comisorio, puede consultarse PERALTA MARISCAL, L., “¿Fideicomiso de Garantía? ¡Neuralgias y cefaleas garantizadas!” 2000, *Rev. La Ley*, Buenos Aires, D- 975. sobre la polémica respecto a si viola la prohibición de pacto comisorio la respuesta KIPER – LISOPRAWISKY, *op. cit.* p.495. En Uruguay se prevé específicamente esta figura, ley 17.703, pero se establece la nulidad del fideicomiso en el cual se designe beneficiario al fiduciario salvo en los casos de fideicomiso en garantía constituidos a favor de una entidad de intermediación financiera. El Código Civil brasileño regula solo el fideicomiso de garantía, indicando que se considera fiduciaria la propiedad resoluble de cosa mueble o inmueble (arts. 1361 a 1368), admitiéndose desde el dictado de la ley 13.043 de 2014 el pacto comisorio en dicha garantía (art. 1.368-B. y párrafo final de dicho artículo donde se establece que el acreedor fiduciario que se vuelva propietario pleno del bien como efecto de la realización de la garantía, pasa a responder por el pago de los tributos a partir de la fecha en que devino poseedor).

⁸⁰³ Cfr. MANTERO, E; “Admisibilidad de la transferencia de la propiedad con función de garantía”, en *ADCU*, T. XL, 2010, FCU, Montevideo, p. 949.

perdiéndose así la pretendida sencillez del procedimiento, pues únicamente la justicia ordinaria o arbitral para determinar si hubo incumplimiento imputable.⁸⁰⁴

Respecto del referente material de los negocios, las acciones, o las partes sociales, en Uruguay las acciones se dividen en tres categorías, las *nominativas*, que se representan en títulos y cuyo titular es quien figura en el documento como tal, las que pueden ser transmisibles por endoso o por cesión de créditos; las acciones al *portador*, en las que el poseedor está investido de la titularidad, lo que se vio desnaturalizado de forma tal que la categoría acciones al portador ha quedado reducida al nombre, en tanto, el 1 de agosto de 2012 entró en vigencia la Ley 18.930, que estableció un sistema de registro de titulares de acciones al portador ante Banco Central del Uruguay, a fin de adecuar el derecho positivo uruguayo a los estándares internacionales en materia de transparencia fiscal..⁸⁰⁵

⁸⁰⁴ MOLLA, R., “El fideicomiso de garantía y el sistema general de garantías”, en ADCU, T. XXXIV, 2003, FCU, Montevideo, p. 629; CARNELLI, S. – MOLLA, R; “La determinación del incumplimiento del deudor y la actuación de la garantía en el fideicomiso de garantía”, en ADCT, T. XLIII, 2013, p. 842.

⁸⁰⁵ Conforme a dicha ley debe registrarse ante el Banco Central del Uruguay, a través de una declaración jurada, los datos de identificación de los titulares de las acciones, así como el tenedor o custodio, y el usufructuario y nudo propietario, en caso de desmembramiento de dominio. Si las entidades emisoras de acciones al portador, no hubieren dado cumplimiento a lo establecido anteriormente, la Ley 18.930 prevía serias sanciones tanto para el titular de la participación no informada como para la entidad emisora de tales acciones y sus representantes (artículos 8 y 9 de la Ley 18.930). Posteriormente, con la sanción de la Ley 19.288 de fecha 26 de setiembre de 2014, se, otorgó un nuevo plazo para realizar la aludida comunicación ante el BCU vencido el cual aquellas entidades que continuaren en infracción (es decir, sin informar los datos de sus titulares que representen al menos el 50% del capital integrado o su equivalente) quedarían disueltas de pleno derecho.

Luego se dictó la Ley 19.484 de 5 de enero de 2017 la cual estableció (Capítulo II, arts. 22 y ss), que las entidades residentes y no residentes (éstas en determinadas condiciones, art. 24), debían identificar a su beneficiario final y la información relativa a la cadena de titularidad en los casos en que el beneficiario final lo sea indirectamente o por otros medios ejerza el control final. Adicionalmente, en caso de entidades emisoras de acciones nominativas o escriturales, debían de comunicar los datos identificatorios de sus titulares, así como el porcentaje de su participación en el capital. A la luz de dicha normativa se entiende por “beneficiario final” a la persona física que, directa o indirectamente, posea como mínimo le 15% del capital o su equivalente, o de los derechos de voto, o que por otros medios ejerza el control final sobre una entidad, considerándose tal una persona jurídica, un fideicomiso, un fondo de inversión o cualquier otro patrimonio de afectación o estructura jurídica (art. 22 Ley 19.484). De acuerdo con dicho conjunto de enunciados legales actualmente en el Uruguay las entidades emisoras de acciones al portador, como nominativas o escriturales, están obligadas a informar ante el BCU, los datos identificatorios de sus titulares y el porcentaje de su participación en el capital, así como de los datos identificatorios de los beneficiarios finales, y la información relativa a la cadena de titularidad en los casos en que el beneficiario final lo sea indirectamente o por otros medios ejerza el control final.

En el derecho argentino, conforme al art. 208 LSC, los títulos pueden representar una o más acciones y ser al portador o nominativos; en este último caso, endosables o no, las sociedades autorizadas a la oferta pública podrán emitir certificados globales de sus acciones integradas, para su inscripción en regímenes de depósito colectivo. Mientras las acciones no estén integradas totalmente, solo pueden emitirse certificados provisionales nominativos. Una vez cumplida la integración, la sociedad debe proceder a la inscripción en las cuentas de las acciones escriturales o a la entrega de los títulos definitivos, nominativos o al portador. Mientras esto no ocurra el certificado provisorio será considerado definitivo, negociable y divisible. Las acciones escriturales se documentan en registros en cuenta que lleva la sociedad o entidades autorizadas.

Sin embargo, la ley 23.299 del 11 de agosto de 1985, en la redacción dada por ley 24.587 promulgada el 21 de noviembre de 1995 y reglamentada por el Dto. 259/96, estableció la nominatividad de los títulos valores privados, y así se dispuso que los títulos valores privados emitidos en el país y los certificados provisionales que los representen deben ser nominativos no endosables, aunque podrán emitirse acciones escriturales conforme a las prescripciones de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 y sus modificaciones. De esta forma las acciones pasaron a ser nominativas o escriturales. Adicionalmente, se previó que la transmisión de los títulos valores privados, en ese sentido, los derechos reales que recaigan sobre los mismos deben constar en el título -si existe- e inscribirse en el registro que debe llevarse a esos fines y notificarse al emisor, estableciendo la eficacia frente a la sociedad y a los terceros desde la fecha de la inscripción.

En Brasil las acciones necesariamente deben ser nominativas o escriturales, conforme la redacción vigente del artículo 20 de la LSA, dada por la ley 8021/1990.

En España se prevé la existencia de acciones al portador la que en principio (art. 121 de la LSC) se transmitirán la tradición del documento, art. 545 del Código de Comercio; sin embargo, la Ley 24/1988, de Mercado de Valores dispuso que “la suscripción o transmisión de valores solo requerirá para su validez la intervención de fedatario público cuando, no estando admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, están representados mediante títulos al portador y dicha suscripción o transmisión no se efectúe con la participación o mediación de una sociedad o agencia de

valores, o de una entidad de crédito” por lo que, la intervención del fedatario público se hace necesaria a los efectos del otorgamiento de la tradición, modo, que pasa a ser solemne, no así del título. Similar forma corresponde para la transmisión de las participaciones sociales (art. 106.1 LSC). Respecto a las acciones nominativas no es necesaria la intervención de fedatario público cuando se cumplan los requisitos de la disposición adicional 3° de la LMV española. En caso de incumplimiento en la tradición, si hubo endoso el juez condenará a entregar los títulos, si no lo hay se debería solicitar al juez que se haga entrega de los títulos, pudiendo el juez sustituir la voluntad del endosante.

Si la forma de representación es a través de acciones escriturales “anotación en cuenta” requiere la celebración del negocio obligacional, en el caso la aceptación por el optante, y, la inscripción de la transmisión en el registro presente documento público o documento expedido por una sociedad o agencia de valores acreditativo del acto o contrato traslativo. En efecto, el art. 50 del Real Decreto 116/1992, de 14 de febrero de 1992, sobre representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles establece *que las inscripciones derivadas de la transmisión de valores se practicarán por las Entidades encargadas, en cuanto se presente documento público o documento expedido por una Sociedad o Agencia de Valores acreditativo del acto o contrato traslativo.*

Otro elenco de garantías pasibles de ser establecidas, lo conforman las denominadas garantías personales atípicas, garantías a primera demanda o a primer requerimiento, las que junto a otras formas utilizadas en el comercio internacional como los créditos documentarios independientes (L/C) y las cartas de crédito “standby”, tienen dos características básicas, son compromisos independientes y se abonan contra la presentación de cierta documentación que justifica la apariencia del buen derecho, dentro de un cierto lapso de vigencia del compromiso.

Enseña en la argentina la Prof. Kemelmajer de Carlucci, que una garantía a primera demanda, o a primer requerimiento, es un instrumento que contiene una declaración unilateralde voluntad a través de la cual una persona con una sólida posición financiera, “garante”, por ejemplo un banco u otra una entidad financiera, se

obliga a pagar undeterminado importe a otra denominada beneficiario, para garantizar la prestación de un tercero -que se denomina ordenante principal- a simple requerimiento del beneficiario y, de regla, renunciando a hacer valer cualquier excepción relativa a la existencia, validez o coercibilidad del vínculo garantido, al cual el garante permanece ajeno.⁸⁰⁶ En el C.C y Comercial de la Nación (art. 1810) se ha recogido la figura, como un negocio unilateral. La garantía unilateral es independiente del contrato base lo que la hace operativa aun cuando la obligación principal se invalide, lo que hace que no deba discutirse con o sin razón la validez impidiendo de esa forma que la garantía se haga efectiva. Se aprecian tres relaciones, una entablada entre el ordenante (deudor en la obligación u obligaciones garantizadas) y el beneficiario (acreedor). Una segunda relación jurídica entre el ordenante y el garante (emisor): el garante se compromete a cumplir con las obligaciones del ordenante y finalmente, una relación entre el garante y el beneficiario, que se verifica cuando el beneficiario reclama la prestación supuestamente incumplida por el deudor o la indemnización comprometida, si la prestación consistía en algo diverso del dinero. El garante solo se limita a controlar las condiciones de validez externas del requerimiento y, en principio, no puede oponer al beneficiario ni las defensas que nacen del contrato base, ni las excepciones que surgen del vínculo que lo une al ordenante. Salvo la excepción en caso de mala fe del beneficiario, un criterio restrictivo pues admite esta excepción en la medida que los presupuestos surjan de la denominada “prueba líquida”, de forma palmaria de un liminar examen de lo aportado, por ejemplo, un certificado notarial que constata que la prestación considerada se ha cumplido. En ese caso, el inciso final del artículo citado faculta al garante o al ordenante a solicitar judicialmente que el beneficiario otorgue una caución antes de cobrar el importe. Cuando el garante paga, tiene una acción contra el ordenante, que no es habitual que deba transitar, pues el emisor al librar la garantía, se cubre con una contragarantía exigida previamente al ordenante, lo que le permite el cobro sin necesidad de acudir a la justicia, si se trata de una entidad de intermediación financiera, incluso por normas de control de la actividad, podrá haber afectado fondos en cuenta o haber prendado títulos, entre otros mecanismos tendientes al cobro. Cuando es el beneficiario quien no debió haber accionado el mecanismo y cobrado, en ese caso de regla el garante va a proceder en igual forma, solo tiene vínculo con el ordenante y la garantía ofrecida por este va a satisfacer su crédito, si esta no es

⁸⁰⁶KEMELMAJER DE CARLUCCI A., “Las garantías a primera demanda”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Garantías*, vol.2, 1996, Rubinzal Culzoni, Bs. As., p.94.

suficiente, o por alguna razón no puede cobrarse del ordenante operará la subrogación, subrogándose en los derechos del ordenante pudiendo de esta forma accionar contra el beneficiario.⁸⁰⁷

Se trata de mecanismos que buscan evitar al beneficiario acudir a la justicia o a un árbitro a dirimir el asunto. Los acreedores buscan celeridad en el cobro mediante la autoliquidación de la garantía y esa rapidez se logra evitando que se discutan cuestiones vinculadas a la causa fuente, del crédito principal.⁸⁰⁸ De esta forma se asegura la indemnidad del acreedor, la exigibilidad no seguida de cumplimiento respecto a la relación considerada como hecho que posibilita requerir el pago, sin que sea necesario ingresar a analizar ningún otro aspecto.⁸⁰⁹

Se trata de un contrato del que surge la obligación para un sujeto, tercero, de garantizar el cumplimiento de un deudor, con la particularidad de que la obligación de pago del garante es pagar a la mera reclamación del acreedor, que deberá expresarse en su caso con ciertas formalidades. Queda excluida de esa forma la posibilidad de discutir si conforme la obligación garantizada, correspondería el pago, ni invocar excepciones reales que podría oponer el deudor principal en la relación de fondo.

Se impide que los medios tradicionales de defensa puedan ser opuestos a fin de que el acreedor reciba del garante la prestación o la indemnización, este último en caso de no ejecutarla incumplirá el negocio autónomo.⁸¹⁰ Trasvasadas de

⁸⁰⁷CARAMELO, G; PICASSO, S; HERRERA, M., *Código civil y comercial de la Nación comentado*, 1ra. ed. Tomo IV- Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p.556

⁸⁰⁸RIVA, J. L- ALVAREZ AGUDO, G., *Garantías Modernas*, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2007, p. 185; ALEGRÍA, H., “Las garantías autoliquidables”, *Rev. de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 2, 1996, p. 149.

⁸⁰⁹CARRASCO PERERA, A., “Derechos personales de garantía, aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial: 1995-16*,: Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995., p. 116.

⁸¹⁰MENDES, E. H., “A garantia autônoma no direito brasileiro” en BODIN, M. C. ; GUEDES, G.; MEIRELES, R. M. (Coords.). *Direito das Garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 75-76, para um panorama actual de las garantías autónomas em Brasil ver, TEPEDINO, G., - PEÇANHA, D., “Con tornos das garantias autônomas no direito brasileiro.” en *Revista Brasileira de Direito Civil* –, abr./jun. 2021v. 28, Belo Horizonte pp. 275-290, disponible en

<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br> en Uruguay han estudiado de modo reiterado el tema, admitiendo de forma fundada la posibilidad de pactar garantías a primer requerimiento, CAFFERA, G – MANTERO, E. “Garantías a primera demanda : Un fallo clarificador” en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, V.

la práctica comercial internacional a los ordenamientos internos, han generado debates entre los doctrinarios, aunque se han impuesto, aun en sistemas con fuerte presencia de cláusulas generales, o intervención social del contrato o enunciada impronta de solidaridad social como el brasileño, en tanto mecanismos facilitadores del tráfico jurídico.

En estas garantías, la obligación asumida por el garante no se hace depender de la existencia y vicisitudes de la relación garantizada⁸¹¹, además, el garante solo puede oponer al beneficiario las excepciones que se derivan de la garantía misma, de acuerdo con las condiciones establecidas por el ordenante al momento de constituirla. Sin embargo, cierto sector de la doctrina admite que el garante oponga la excepción de dolo o fraude o de causa ilícita, si surge de modo palmario, la intención de dañar con que procede a reclamarle el garantizado al igual que la causa ilícita de la relación jurídica cuyo incumplimiento material se considera para que deba abonarse la garantía, en caso de vulneración del orden público nacional o internacional.⁸¹²

Este funcionamiento sirve a los otorgantes y es útil a los garantes profesionales, como los bancos, pues como señalaba la profesora de la Universidad Autónoma de Barcelona Ma. Del Carmen Núñez Zorrilla estos son los primeros interesados en la prestación de este tipo de garantías no accesorias, tanto en sus operaciones activas como pasivas, lo que quieren eliminar son costes, cuales, los que comporta la inseguridad, y con ellos los que implica el litigio que supondría poder oponer excepciones derivadas de las relaciones básicas entre el deudor y acreedor. No interesa al garante profesional invocar defensas y objeciones que frente al acreedor pudiera utilizar el deudor. Le interesa lo contrario, no ocuparse de esto, todos los riesgos de un pago indebido al acreedor se trasladan en esta mecánica al deudor, luego este podrá oponer dichas objeciones en la vía de regreso.⁸¹³

5 , 2017, Montevideo, FCU, pp. 177-196; y más recientemente “Garantías a primera demanda: entre la práctica bancaria y los tribunales”, publicación on line de FELABAN, disponible en <http://felaban.s3.amazonaws.com/colade/monografias/2019/Uruguay>.

⁸¹¹INFANTE RUIZ, F. J. – DE MIGUEL HERNANDO, D., “Capítulo 6: Contratos de Garantía a primer requerimiento” en YZQUIERDO TOLSADA, M. Contratos Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones Tributarias, Vol. 9., Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2014, p. 385.

⁸¹². Díez-PICAZO L., & GULLÓN, N., *Sistema de derecho civil* V. 2, T. 2. Madrid: Tecnos, 2016., p. 279

⁸¹³NÚÑEZ ZORRILLA, M. DEL C. *La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 27.

En la dogmática brasileña se ha indicado que el garante tiene interés en efectuar el pago de la deuda para cumplir su obligación contractual con el deudor, que lo contrató, y así evitar ser demandado por el acreedor, a quien concedió la garantía. Por lo que la hipótesis encuadra en la subrogación (art. 304 y 346 del CC. brasileño), resulta así subrogado el garante en las situaciones jurídicas que tenía el acreedor, al igual que ocurre en la fianza (art. 349 del CC. brasileño), en el caso de la garantía autónoma esto se da por tratarse de un tercero interesado.⁸¹⁴

Ubicados en este escenario de desconsideración de la relación de base, sin embargo hay diversos requisitos para acceder a la prestación, así se clasifican en justificada, documentaria o no justificada. En la primera se debe declarar al requerir el pago, ciertos motivos, en la forma que se haya estipulado al otorgarse la garantía, en la documentaria, se deben presentar ciertos recaudos que den cuenta de algunos hechos, también conforme a lo establecido en el contrato de garantía, vg. informe técnico, constatación notarial, opinión legal, en la no justificada alcanza *el mero requerimiento de pago*.

Se ha debatido en la doctrina si se trata de una figura autónoma o de una variante de fianza. En Brasil, el Tribunal de Justicia del Estado do Rio de Janeiro se expidió afirmando la autonomía de la figura, la que constituye un contrato atípico con una obligación autónoma, sin accesoriedad, pues la autonomía surge del simple derecho de exigir el cumplimiento.⁸¹⁵

Para otros autores, se puede subsumir en una fianza, sin embargo, señalan como atípica la cláusula por la que la fianza se desvincula del crédito garantizado.⁸¹⁶ Esto puede impactar en la tipicidad de regulación. Si se entiende que es una variante de fianza a la que se le conculca solo la accesoriedad y se le agrega la renuncia a las excepciones relacionadas con la relación principal, serán aplicables sin hesitación posible las normas sobre fianza. En cambio, si se entiende que es un contrato

⁸¹⁴MENDES, E. H., “A garantia autônoma ...” *op. cit.* . p. 83.

⁸¹⁵ Tribunal de Justicia de Río de Janeiro, 16ª Cámara, Apelación Civil nº 2007.001.15509. sentencia 9.10.2007.del 8 de noviembre de 2007.

⁸¹⁶GÓMEZ BLANES, P., *El principio de la accesoriedad de la fianza*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 212.

atípico, cabrá analizar las normas aplicables. Si se entiende estar en presencia de un negocio con tipicidad de regulación legal como la fianza, aunque con algunas particularidades, habrá de aplicarse íntegramente el régimen previsto en cada ordenamiento a la figura. En cambio, si se entiende como un negocio atípico legalmente pero con tipicidad social habrá que acudir a la integración por medio de los usos y costumbres, esto comportaría la aplicación de varias normas insertas en los contratos de adhesión que generan los garantes profesionales. Si se asume como un negocio atípico, habrá de acudirse en primer término a las reglas generales de los contratos, luego a las normas ingresadas por los particulares en ejercicio de la autonomía privada y finalmente aplicar la analogía, en este caso corresponderá aplicar la analogía por absorción, allí se presenta como inconveniente si es admisible subsumir esta figura de acuerdo al índice que se estime dominante en una análoga. En ese caso, podría decirse que el índice del tipo que se estima dominante es la garantía personal y por ello acudir a la fianza a lo que podrá responderse que justamente las partes quieren salir de la figura de la fianza. El Tribunal Supremo español optó por la atipicidad en sentencia referente en la materia del 27 de octubre de 1992.⁸¹⁷ Ingresar a analizar la relación de fondo que generó la garantía

⁸¹⁷ Señalaba el Supremo Tribunal “(...)entre las nuevas modalidades de garantías personales nacidas para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil al resultar insuficiente o inadecuada la regulación legal de la fianza, se encuentra el aval a primera solicitud, o a primer requerimiento, también denominado por la doctrina como garantía a primera demanda o a simple demanda o garantía independiente, contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el art. 1255 del Código Civil [así S. 14-11-1989 (RJ 1989\7878)], en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriedad, nota a lo que se alude en la Sentencia de esta Sala 11-7-1983 (RJ 1983\4209) al incidir «las garantías denominadas de primera solicitud en el comercio internacional» entre las «nuevas figuras que tendiendo a superar la rigidez de la accesoriedad, es decir la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia ...», así como en la S. 14-11-1989 en la que se afirma que «toda interpretación que trate de dar a la palabra garantía el sentido de la obligación accesorio de fianza o de aplicar la excusión que le es característica desvirtúa la naturaleza de la relación compleja a la que venimos haciendo mérito», de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1258 del Código Civil) se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión en la carga de la prueba ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal, siendo suficiente, como se dice, la reclamación de aquel beneficiario para que nazca la obligación de pago del avalista, (.....)tiene un indiscutible derecho a exigirle el pago de la cantidad señalada, siendo la obligación de la «Compañía de Crédito y Caucción» de carácter abstracto *en el sentido de ser independiente del contrato inicial*», sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía (de regreso, del garante frente al ordenante y las propias entre los interesados en la relación subyacente); no habiéndose acreditado en autos por el recurrente que el obligado principal cumplió con su obligación de garantía respecto de los materiales suministrados a la actora y habida cuenta del carácter no accesorio de la garantía prestada, son inaplicables al caso los preceptos que se invocan en el motivo ni el principio

ha sido admitido por parte de la dogmática en España y ha sido invocada en algunos casos por garantes profesionales para no pagar.⁸¹⁸ En Brasil solo en situaciones excepcionales como el fraude o la violación al orden público o a las buenas costumbres, sería posible que el garante pudiera exonerarse de pagar, sin embargo la doctrina concuerda en la característica de autonomía, pero discrepa respecto a la accesoriedad. Así para cierta parte de la doctrina, la garantía no es accesorial, de modo tal que, si el contrato de base es nulo, la garantía no sigue la suerte de la obligación principal. En cambio, para otro sector si es accesorial y por tanto sigue la suerte del principal, pero es autónoma, porque el garante no verifica si hubo incumplimiento en sentido estricto de parte del deudor, no analiza por ejemplo si la inejecución se debió a causa extraña no imputable, se acota a analizar si hubo o no ventaja patrimonial, independientemente de la etiología, si hubo exigibilidad no seguida de cumplimiento el acreedor tiene derecho a recibir lo comprometido en la garantía.⁸¹⁹

En España la limitación de las excepciones que puede invocar el garante, se ha visto morigerada por la jurisprudencia, que ha admitido al garante probar que el deudor principal ha pagado o cumplido, que entonces hay una utilización antifuncional de hechos datos y circunstancias por el promotor, un procedimiento fraudulento, se trata de una apertura que acerca entonces a la para algunos a la garantía al concepto de accesoriedad. Sin embargo, el asunto más que con la accesoriedad tiene que ver con el propio concepto de autonomía y su alcance, para cierto sector de la doctrina española la autonomía implica, no ya que se deba pagar en caso de no ejecución por parte del deudor de la obligación considerada para otorgar la garantía, independientemente de si la no ejecución se le puede atribuir de forma objetiva o subjetiva según el tipo de obligación o de si hubo causa extraña no imputable que originó la inejecución. Para una parte de la doctrina, la garantía se debe aunque haya habido cumplimiento de la obligación considerada para emitir la garantía y solo luego

de accesoriedad de la fianza que los informa por lo que ha de rechazarse este primer motivo”(destacado nuestro).

⁸¹⁸ Siendo rechazada por ejemplo en Sentencia del TS sala civil, Sección Primera, núm. 676/2016, del 21 de noviembre 2016, señalado que el requerimiento no se había ejercitado según lo que constaba para perjudicar un interés digno de protección de la demandada.

⁸¹⁹ MENDES, E. H., “A garantia autónoma....”, *op. cit.* p. 75.

de ejecutada la obligación por el garante, corresponderá el análisis respecto a si se había dado el supuesto de hecho habilitante del pago. Se indica por esta doctrina, que esto es contrario a la conformación de la garantía a primera demanda a los vínculos entre beneficiario, garante y ordenante de la misma. La conducta abusiva o fraudulenta consiste, en un proceder posterior a lo que debe analizarse, que es cuando puede reclamarse la garantía, si hubo exigibilidad seguida de cumplimiento, no es posible reclamar la garantía, si no se verificaron los hechos que ambientaban que pudiera reclamarse la garantía, no es posible reclamar la garantía, si el beneficiario la reclama, obra de mala fe, utiliza de forma antifuncional los hechos procurando un provecho indebido, a esto se resume la *exceptio doli*.⁸²⁰

Es más una cuestión de análisis respecto a si se han dado los presupuestos de hecho, que surgen del propio contrato por el que se conforma la garantía autónoma, si la garantía es meramente a primera demanda y alguien la solicita, pero consta al garante que el ordenante deudor del beneficiario de la garantía ha ejecutado su prestación, en ese caso puede no pagar, basándose en que no se da el supuesto de hecho para que la garantía opere, si estos presupuestos no se han verificado, la excepción surge del contrato de garantía, no se han dado los supuestos que habilitaban a reclamarla y el beneficiario la reclama está obrando de mala fe.

Para los convenios de sindicación, los sindicados beneficiarios tendrán derecho a requerir al garante, que usualmente se dedica profesionalmente a esto – entidad bancaria- el pago de una prestación idéntica a la del deudor en caso de consistir aquella en el pago de una suma de dinero, o en el pago de una indemnización, sin que éste pueda alegar excepción alguna relacionada con el pacto parasocial, salvo la relacionada a la mala fe o dolo del beneficiario.

En el subtipo convenio de sindicación una característica es la duración, muchas veces por lustros, en esos casos estas garantías pueden no ser apropiadas por sus costes, pues el garante profesional podrá cobrar al ordenante una comisión periódica por el servicio que presta. En cambio, la garantía puede ser óptima si el pacto parasocial aun en la variante convenio de sindicación se verifica por un lapso acotado. Feliu Rey propone otra alternativa, consistente en pactar la solicitud de este tipo de garantías previo a la verificación de ciertos hitos año a año, eventos donde deben cumplirse

⁸²⁰ INFANTE RUIZ, F. J. – DE MIGUEL HERNANDO, D., “Contratos de Garantía ...” *op.cit.* p. 428.

ciertas obligaciones, vg. votar en el sentido determinado en la asamblea –junta-, esto abate costos, pero debe garantizarse a su vez, que se otorgará la garantía. Llegados a este punto se abre todo el elenco de otras garantías para que se otorgue esta, lo que implica duplicar el problema. El autor en cita propone, que la no contratación de la garantía en plazo, dispare la opción de compra de las acciones del incumplidor, a prorrata de las respectivas participaciones en el capital. En este sentido la obligación asumida de regla comportará desplegar la diligencia media para obtener la garantía, salvo que se haya asumido a de forma objetiva la responsabilidad de conseguir un garante profesional en esos términos. Si actuando con la diligencia apropiada no lo consigue deberá haberse previsto en ese caso una garantía alternativa. Pudo haberse obligado a nivel de resultado, pero en ese caso la consecuencia puede resultar asaz gravosa.⁸²¹

8.2.3 Prenda común

La prenda común es utilizada también como garantía. La expresión prenda es polisémica en el Derecho, con esa denominación se designa, al contrato de prenda, al derecho real de garantía que se constituye como consecuencia de la tradición de dicho bien que transmite la tenencia y al bien, la tenencia puede conferirse al acreedor o a un tercero. Para garantizar las obligaciones emergentes de un pacto parasocial, se puede constituir prenda sobre cualquier bien en garantía de las obligaciones asumidas, pero el subtipo que interesa es el que tiene como bien dado en prenda a las acciones o partes sociales,⁸²² de las sociedades a las que accede el pacto parasocial, en ese caso puede ser apropiado apelar a un tercero, depositario de los documentos representativos de los bienes dados en prenda, o a alguno de los sindicados con un determinado rol en la actividad de la agrupación de socios.⁸²³ La prenda tiene

⁸²¹FELIU REY, J. *op. cit.* p. 419.

⁸²² El referente material del derecho real de prenda es la participación societaria, el modo de constituirlo va a variar, según la acción se encuentre o no incorporada a un título valor; como señala Cabanellas "Las participaciones societarias son unidades cuantificadas mediante las que se representa el estado jurídico derivado de la condición de socio. Esta caracterización de las participaciones societarias puede visualizarse desde dos perspectivas. Desde la primera es parte del conjunto de derechos y obligaciones y responsabilidades que configura el estado de socio." CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. "Derecho Societario..." *op. cit.* p. 26.

⁸²³ Sobre prenda de acciones y partes sociales, puede consultarse ANIDO BONILLA, R., *De la Prenda de Créditos*, Ed. AEU, Montevideo, 2001, ;sobre esta garantía en España puede consultarse MEJÍAS GÓMEZ, J., *Prenda de Acciones*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002, , para este tipo contractual, FELIU

como finalidad asegurar el cumplimiento de al menos la obligación principal a la que accede, sea de dar hacer o no hacer, puede asegurar una obligación que tipifique a un contrato, obligación principal o una secundaria. Configura un contrato de garantía accesorio. La cosa entregada puede ser del deudor o de un tercero y puede constituirse en referencia a un derecho de crédito. Puede ser constituida para garantizar una obligación sometida a condición o una obligación futura, con tal que exista el contrato que le dio origen a esta última.⁸²⁴

En el derecho uruguayo (art. 2303 del CC) y en el argentino (art. 2224 CCyCo) si el sujeto no es el propietario del bien dado en prenda, -esto es, prenda de cosa ajena- y se produce la evicción de la cosa dada en prenda el acreedor tiene derecho a que se le garantice el crédito con otro bien dado en prenda o con otra garantía y en caso omiso, lo accesorio -la prenda- impacta sobre lo principal pues deviene exigible la obligación garantizada. En Uruguay se discute si se trata de un contrato real, que se perfecciona con la entrega, de esta forma la entrega perfecciona el contrato y hace nacer el derecho real. La prenda traba la circulación del bien, de hecho aunque no de derecho pues el constituyente de la prenda conserva el poder de disposición y limita el goce del bien por su propietario.⁸²⁵ Si la cosa da frutos, el acreedor puede cobrarse de ellos, efectos anticrético de la prenda, consagrado en el art. 2316 del CC de Uruguay y 2225 del CC y Co. argentino.

En España para cierto sector de la doctrina en cambio la falta de poder de disposición hace que el contrato sea nulo, salvo los supuestos de la protección registral o adquisición a non dominio.⁸²⁶ Sin embargo, si los sujetos están dotados de capacidad jurídica y poder normativo negocial el contrato es válido, aun sosteniéndose que se trata de un contrato real que se perfecciona con la entrega, pero no surgirá la garantía real.

REY, J., *op. cit.* pp. 391-399; PÉREZ MORIONES, A., “Los sindicatos de voto...”, *op. cit.*, pp. 546-550. GALEOTE MUÑOZ, MA. P., *Sindicatos de voto. El control en una sociedad conjunta*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 252 y ss.

⁸²⁴ Art. 2395 del CC Uruguayo, en España indica el Prof. Agustín Luna Serrano que “la condición suspensiva demora, en este sentido, la producción de los efectos previstos del negocio hasta el momento de su cumplimiento o realización y la condición resolutoria, por su parte, supone, cuando se verifica, la cesación de los efectos negociales. De lo que no hay duda, con todo, es de que, tanto en un caso como en otro, ni la condición resolutoria y ni siquiera la condición suspensiva impiden el nacimiento o conclusión del negocio como perfecto, pues la trascendencia de las condiciones afecta solamente a las consecuencias o efectos del negocio y no el negocio mismo”. LUNA SERRANO, A. EN LACRUZ BERDEJO, J. L Y OTROS: *Elementos de Derecho Civil*, T. I, v. 3º, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1990, p. 235.

⁸²⁵ GAMARRA, J., “Tratado...” *op. cit.* T. II, vol. 1, 4ta. Ed., FCU, Montevideo, 2002, p. 39.

⁸²⁶ GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Albadalejo García, M., (Dir.), T. XXIII, 2ª. ed., Edersa, Madrid, 1990, p. 1860.

Otros autores, sostienen que se trata de un requisito de eficacia del gravamen frente a terceros. Sin embargo, no se trata de un supuesto de eficacia frente a terceros, pues un derecho real o se tiene contra todos o no se tiene.⁸²⁷

En la posición de acreedor pignoraticio pueden existir, como en la de pignorante, una o varias personas, pueden ser varias personas físicas o jurídicas las titulares del derecho de prenda.⁸²⁸

Respecto a la posibilidad de transferencias de derechos propios del socio al beneficiario de la prenda, en los cuatro regímenes jurídicos estudiados en el presente, cabe remitirse a lo expuesto en el Capítulo Cuarto, nal. 4.1, literal d).

Pactada esta garantía, si hay incumplimiento, se realiza la garantía, esto comporta la pérdida de la condición de socio. No escapa a la ordinaria experiencia que si se trata de una sociedad cotizada la ejecución será eficiente, en cambio si se trata de otro tipo social, la realización de la garantía para la obtención de un valor dinerario no es lo más eficiente, sino que puede constituirse en útil si los que compran las acciones al momento de la enajenación forzada son los otros accionistas, que serán los interesados en hacerlo, en ese sentido puede establecerse la obligación de adquirir a prorrata de las respectivas participaciones de modo de garantizar equilibrios políticos, o la cesión de los futuros derechos de mejor postor. La falta de un mercado, de este modo, no dificulta el pacto de esta garantía.

En la dogmática española se ha relacionado esta posibilidad con la prohibición de pacto comisorio en las garantías reales, de larga tradición en el derecho continental y consagrado en el art. 1859 del CC de España. De forma que el acreedor prendario debe realizar el bien mediante subasta judicial o siguiendo el procedimiento del art. 1872 que prevé la adquisición por parte del acreedor solo si en dos intentos no se hubiese podido enajenar la prenda, o mediante el procedimiento del art. 322 del Código de Comercio, si bien ha sido prohibido expresamente para la anticresis exclusivamente (art. 1884 CC de España).

⁸²⁷CORDERO LOBATO, E., "Comentario al art. 1857 del Código Civil", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009, p. 2110.

⁸²⁸MEJÍAS GÓMEZ, J., "Prenda de ..." *op.cit.* p. 57.

Llegados a este punto cabe descartar una situación que no es de pacto comisorio, aunque ha merecido estudio en esa sede, si luego de vencida la obligación, se acuerda que se abonará la deuda con el bien antes dado en prenda, la situación se reconduce a una paga por entrega de bienes, de la obligación incumplida y de la indemnización de los daños moratorios, o en su caso de la indemnización debida. Este pacto no se celebra al momento del perfeccionamiento, ni durante la pendencia del plazo, sino luego del vencimiento de la obligación, el deudor prefiere pagar con el bien, antes dado en garantía que era de su propiedad.⁸²⁹ Respecto al Derecho vigente en España, y en el Virreinato y provincias del río de la plata, incluida la oriental, aún en sus primeros años de independencia, la prohibición de pacto comisorio, emerge de la Partida V, Título XIII, Leyes 41 y 2.⁸³⁰

⁸²⁹REGLERO CAMPOS, L., "El pacto comisorio", en *Revista Aranzadi Civil*, Nro. 1,2007, Thomson-Aranzadi, 2007,pp. 1921-1922.

⁸³⁰A nivel histórico, señala el profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Adolfo Wegmann, la *lex commisorio* en los contratos de garantía se encontraba prevista en el Digesto (20,1,16,9) indicándose que: "Puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que, si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio. El pacto comisorio, por tanto, surge en un comienzo como una mera renuncia de la acción pignoratícia de parte del deudor, lo que convertía la tenencia del acreedor en propiedad. De este modo, el pacto comisorio tornaba a la prenda en una compraventa con fin de garantía. Posteriormente, mediante un edicto del año 320 D.C, Constantino prohibió este pacto mediante un edicto que indicaba: "El emperador Constantino, Augusto, al pueblo. Por cuanto entre otros engaños crece principalmente la aspereza de la ley comisorio de las prendas, nos ha parecido bien invalidarla, y que para lo sucesivo quede abolido todo su recuerdo. Así pues, si alguno padeciera por tal contrato, respire por virtud de esta disposición, que rechaza juntamente con los pasados los casos presentes, y prohíbe los futuros. Porque mandamos que los acreedores, habiendo perdido la cosa, recuperen lo que dieron". El edicto de Constantino habría sido motivado por entre otras razones porque a través del pacto comisorio se encubrían préstamos usurarios, el valor de la cosa era, por lo general, muy superior al del crédito garantizado, en el mismo sentido limitó la tasa de interés en el año 325 D.C. esto tal vez al influjo de la Iglesia Católica, tolerada y reconocida en virtud del edicto de Milán de 313, también de Constantino y convertida en oficial por el edicto de Tesalónica de Teodosio el Grande, del año 380, que sancionaba moralmente la usura, en palabras del evangelista Lucas,: "Si prestáis a aquellos de quienes esperáis recibir, ¿qué gracia tenéis? También los pecadores prestan a los pecadores para recibir de ellos igual favor". Esta prohibición fue recogida por la tradición jurídica del Sacro Imperio Romano Germánico el emperador Carlomagno, mediante la *Admonitio Generalis* del año 789 y la capitular de Nimega del 806 extendiendo a los laicos la prohibición de usura ya existente desde hacía varios siglos para los clérigos, mediante el establecimiento de multas. La prohibición de pacto comisorio fue confirmada por el papa Inocencio III, en el año 1198, en su decisión *Significante R. cive pisano*. Y en 1569, el papa Pío V, mediante bula promulgada *motu proprio*, condena entre otras cláusulas, el pacto comisorio. En cuanto al Derecho español medieval, la prohibición del pacto comisorio se encontraba consagrada, principalmente, en la Partida v, título xiii, leyes 41 y 42. Sin embargo, el fuero real, aceptaba la validez de este pacto en la ley 2 del título xx del libro 111 sobre "como vale la postura que el deudor ficiere con su creedor que le pueda tomar los bienes si a tiempo no pagare". Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, A. "Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y el pacto marciano" en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 13diciembre 2009,pp. 95-98, disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722009000200002>, consultado el 22 de noviembre de 2021. En extenso sobre este asunto puede consultarse la obra del Profesor de la Universidad Carlos III, Manuel Ignacio Feliú Rey; FELIU REY, M. I., *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Civitas, Madrid, 1995.

Sin embargo, a pesar de que las Partidas condenaban expresamente la inclusión de este pacto en los contratos de garantía, no ocurría lo mismo con el denominado *pacto marciano*. Se conoce por tal aquella convención en virtud de la cual las partes podían limitar los efectos del comiso a un precio justo.

Releva Wegman siguiendo a Manuel I. Feliú Rey, que si bien es cierto que el Derecho histórico castellano mantuvo firme la prohibición del pacto comisorio, desde antiguo se ha intentado su admisión mediante la morigeración introducida por el pacto marciano, que permitía conservar la conmutatividad y equilibrio de las prestaciones al garantizar al deudor la diferencia existente entre el valor del bien dado en pago y el monto de la deuda. Dicho pacto, que ya estaba previsto en el Digesto 20,1,16,9, fue recogido en la ley 41 del título v de la Partida v, y en la ley 12, título xiii, de la Partida v. Agrega el autor en cita que Gregorio López, en su glosa, se refería expresamente a la validez del pacto, en la medida de que el justo precio sea determinado por boni viri, señalando que "res fit empta creditorio hominum arbitrio taxado: valet conventio"; y con respecto a la ley 41 del título v de la Partida v, afirma: "pactum legis commissorie in pignoribus rebroatur: nisi convenerit partes quod pro pignorie detur iustum pretium arbitrio boni viri". También De Tapia en el Febrero Novísimo, tras oponerse en términos generales a la validez del pacto comisorio basándose en las Siete Partidas, admite que el acreedor pueda apropiarse de la cosa empeñada pagando un justo precio fijado por peritos.⁸³¹

Este análisis es relevante, pues es usual en los sistemas continentales la invocación a criterios históricos para fundar aun a falta de norma expresa para algunos de los tipos contractuales, la exclusión del pacto comisorio en las garantías reales.

Si se celebrara el pacto luego del surgimiento de la obligación negocio constitutivo y antes de la exigibilidad, a mi juicio militan las mismas razones que

⁸³¹Ibid.; "*Febrero Novísimo*" o librería de jueces, abogados y escribanos: refundida, ordenada bajo nuevo método, y adicionada con un tratado del juicio criminal; DE TAPIA, E, *Febrero Novísimo*, Valencia, Mompí, 1828), disponible en https://patrimoniocultural.icam.es/es/catalogo_config_rotacion=270, consultado el 23 de noviembre de 2021.

esgrimen quienes lo entienden inadmisibles al momento de la celebración del negocio del que parte la obligación garantizada.⁸³²

Otra alternativa, refiere a la posibilidad de establecer el pacto marciano,⁸³³ consistente en el acuerdo alcanzado entre el acreedor y el deudor, por el cual, llegado el vencimiento, si éste no pagara el acreedor adquirirá la propiedad de la cosa previa justa estimación, abonando al deudor el excedente si lo hubiera. En el derecho español, esta posibilidad ha sido admitida con resistencias. En relación con la adquisición de la propiedad que «todo pacto contrario será nulo», a diferencia del art. 1859, que no se refiere expresamente a la validez del pacto comisorio establecido por las partes. Los reparos vinculados al abuso, se desdibujan si en el propio pacto se establecen mecanismos para proteger los intereses del deudor y de posibles terceros, como la valoración objetiva del bien pignorado a través de un tercero, devolviéndose al deudor una vez realizada tal cuantificación lo que exceda el valor de la cosa al de la obligación garantizada.⁸³⁴

Como indica el profesor de Huelva Díaz Gómez, frente a aquellos planteamientos que vienen a justificar la imposibilidad del sistema de admitir desplazamientos patrimoniales sin control jurisdiccional cuando se produzca el incumplimiento de un deber jurídico; se abre paso en la evolución de los sistemas de garantía y siendo la verdadera ratio de la cláusula comisorio el aprovechamiento que el acreedor lleva a cabo sobre el deudor que somete bienes en garantía con un valor económico superior a la suma de la deuda pendiente, tal resultado disvalioso queda excluido en esquemas negociales que como el pacto marciano excluye la ilicitud al imposibilitar el abuso mediante un procedimiento que asegure la presencia de una valoración imparcial del bien tomado en garantía, mediante parámetros objetivos, o con

⁸³² Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol.III, op. cit. pp. 499-502; MEJÍAS GÓMEZ, J., “Prenda de ...”, op. cit. p. 239, quien señala siguiendo a M.I. Feliu Rey “Menos clara es la validez del pacto comisorio *“ex intervallo”*. “El CC se muestra más impreciso en este punto en relación con la prenda, sobre la base del art. 1859 CC, que con la anticresis art. 1884 CC (...)” si bien agrega que “En principio estos pactos, podrían admitirse cuando existe un equilibrio de prestaciones entre los otorgantes, (...) podría resultar válida la figura (...) en la hipótesis en la que el acreedor se le ha concedido la facultad de hacer suya la cosa por un precio a determinar por un tercero en la medida adecuada al valor de la cosa si bien dicho tercero, a nuestro juicio, debe ser un experto en su valoración”. En definitiva parece estar admitiendo el pacto marciano y no el pacto comisorio *ex intervallo*. Admite sin ambages el pacto comisorio *ex intervallo*, Guilarte, salvo que se acredite que repugna a la moral. GUILARTE ZAPATERO, V., en “Comentarios al ...” op. cit., p. 1866.

⁸³³ Que debe el nombre a ELIO MARCIANO, quien vivió entre el siglo II y III d.C., al que al parecer se debe la formulación del pacto.

⁸³⁴ Cfr. FELIU REY, M. I., , op. cit. p. 397.

la intervención de una persona independiente y experta, que pueda servir para liquidar la deuda pendiente en caso de incumplimiento, con la oportuna devolución del excedente, si lo hubiera.⁸³⁵

De esta forma el acreedor podrá obtener la propiedad de la cosa objeto de prenda, devolviendo el acreedor al deudor el exceso resultante, de esta forma no se expolia al deudor y se preservan los intereses de los terceros sin afectarse la par conditio.⁸³⁶

En Uruguay si bien el art. 2301 del CC establece que nadie puede apoderarse por autoridad propia de la cosa de deudor por vía de prenda, a no ser que expresamente, se le hubiere conferido esa facultad por el deudor, la dogmática ha rechazado la posibilidad de establecer el pacto comisorio, en el marco de una interpretación sistemática que se realiza con las normas que emergen del art. 2308 del CC que prevé la ejecución privada o extrajudicial de la prenda, sirviéndose para el caso de valores de Bolsa de un corredor y para otros bienes de un rematador. De forma que se concluye que el apoderamiento a que alude el artículo tiene como finalidad el proceder en la forma indicada en el art. 2308, concluyéndose en definitiva en el remate, pero excluyéndose la posibilidad que el acreedor devenga propietario de las cosas dadas en garantía al vencimiento del plazo, o se funda la no admisión en la tradición jurídica o en lo previsto en sede de hipoteca o anticresis (art. 2338 y 2355 CC)⁸³⁷

⁸³⁵DÍAZ GÓMEZ, J., “Pacto marciano. Repensando el sistema con la civilística italiana” en *ADC* español, TT. LXXII, 2019, fasc. III, p.p. 809- 811.

⁸³⁶ En Francia, el derecho de las garantías fue reformado por la ordenanza n. 2006-346 del 23 marzo de 2006 derogando (art. 54) los arts. 2078 e 2088 del *Code*, en materia de prenda y anticresis respectivamente, de los que se extraía la norma de exclusión del pacto comisorio y en su lugar introdujo el art. 2348 que edicta “ *Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu’à défaut d’exécution de l’obligation garantie le créancier de viendra propriétaire du bien gagé*”, estableciendo que *si el valor del bien el que se determina a la época de la transferencia por un experto a falta de un valor oficial “excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s’il existe d’autres créanciers gagistes, est consignée”*. Lo que también se estableció para la hipoteca art. 2459 y 2460 del *Code*. Sigue inhibido el pacto comisorio, y en cambio la formulación atribuida a Elio Marciano ha retomado fuerza y vigor, en ese sistema jurídico.

⁸³⁷MARIÑO LÓPEZ, A. “Código Civil ...”. *op. cit.* comentario al art. 2301, véanse los argumentos con base en la discusión parlamentaria de la reforma de 1893 que eliminó el inciso tercero del art. 2307 que indicaba es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse de la prenda o a disponer de ella sin las formalidades expresadas, para justificar que a pesar de ello sigue vigente la prohibición y los argumentos de política legislativa expresados en GAMARRA, J., “Tratado....”, T. II, vol. 1, *op. cit.* pp 116-

En Argentina el acreedor puede vender la cosa prendada en subasta pública, si la prenda consiste en títulos u otros bienes negociables en bolsas o mercados públicos, la venta puede hacerse en la forma habitual en tales mercados, al precio de cotización, pero se reserva a la autonomía privada, el establecimiento de un pacto marciano, pues las partes pueden convenir que el acreedor se puede adjudicar la cosa por la estimación del valor que de ella se haga al tiempo del vencimiento de la deuda, según lo establezca el experto que las partes designen o bien por el que resulte del procedimiento de elección establecido. Si esto no es posible el experto debe ser designado por el juez a simple petición del acreedor. También puede designarse una persona para efectuar la venta por el acreedor o por un tercero a precios que surgen de un determinado ámbito de negociación o según informes de los valores corrientes de mercados al tiempo de la enajenación que indican una o más cámaras empresariales especializadas o publicaciones designadas en el contrato. A falta de estipulación en contrario, estas alternativas son optativas para el acreedor, junto con las indicadas en los párrafos primero y segundo de este artículo, según el caso. El acreedor puede adquirir la cosa por la compra que haga en la subasta o en la venta privada o por su adjudicación. Las partes pueden convenir simultáneamente que el acreedor se puede adjudicar la cosa por la estimación del valor que de ella se haga al tiempo del vencimiento de la deuda, según lo establezca el experto que las partes designen o bien por el que resulte del procedimiento de elección establecido; en su defecto, el experto que resulte designado por el juez a simple petición del acreedor, tal como expresamos *ut supra*. En la regulación de la prenda en el C.C y C se aprecia lo autoliquidable de la garantía, no es necesaria la previa intervención judicial, el producido de dicha venta se aplica al abonar la deuda garantizada. Luego el acreedor rinde cuentas de lo actuado al deudor y en caso de no coincidir al constituyente de la prenda, lo actuado es revisable *ex post facto*. El límite a la autonomía privada respecto a la ejecución, incluido el pacto marciano, al que aludimos, surgirá del orden público, la moral y las buenas costumbres, y la buena fe, en ese marco, los mecanismos de realización del bien o de fijación de su precio o valor no puede quedar al arbitrio del acreedor, sino que tal como señalaba la dogmática española

117, en esta última el tratadista dice “la supresión de 1893 se debió simplemente a inadvertencia, sin responder a una voluntad del legislador”. Los argumentos del Tratadista uruguayo son similares a los expuestos en España por Guilarte, quien para la falta de prohibición expresa de Pacto Comisorio en la prenda y en cambio su presencia en la anticresis, alude al apresuramiento e improvisación de esta materia en la última redacción del texto legal, GUILARTE ZAPATERO, V., en “Comentarios al ...”*op. cit.*, p. 458.

para el pacto marciano, deben responder a criterios razonables, objetivos, ecuanímenes e imparciales, que tutelen los intereses de ambas partes.⁸³⁸

En Brasil el art. 1431 del Código Civil dispone que, se constituye la prenda, por la entrega efectiva de la posesión, que hace el deudor o alguien por él de una cosa mueble alienable, estableciéndose el registro en el art. 1432. El art. 1433 prevé además del derecho de poseer la cosa dada en prenda el de apropiarse de los frutos estableciendo, el art. 1435 la forma en que debe imputarse la paga, en ese caso, en primer lugar en las expensas y gastos de conservación, luego en los intereses, y finalmente en el capital, en lo que interesa a la ejecución se prevé la posibilidad de ejecución judicial o venta amigable, si así se hubiera estipulado en el contrato o se lo autorizara el deudor designándose un procurador a esos efectos.⁸³⁹

La utilización de esta garantía puede tener un efecto persuasivo cuando se trata de una obligación dineraria o se ha tarifado el daño a través del pacto de una cláusula penal, o se ha tarifado dicho daño y se ha agregado una cláusula penal con función punitiva, es útil como mecanismo para el cobro de una suma de dinero, líquida y exigible. Sin embargo, cuando se trata de indemnizar un daño que no está determinado, necesariamente debe transitarse por la determinación del daño, el monto de la obligación indemnizatoria para luego poder ejecutar la prenda. De allí la trascendencia del pacto de mecanismos alternativos de resolución de controversias, de lo contrario la garantía en ese caso no es eficiente. En el caso de prenda sobre cuotas sociales de sociedades de responsabilidad limitada o cooperativas, se adicionan las dificultades propias para la realización de las mismas en el respectivo régimen jurídico.⁸⁴⁰

⁸³⁸SZMUCH, M.G., “Comentario a los art. 2219-2237”, en *Código civil y comercial de la Nación comentado*, V. 5. CAMELO, G;PICASSO, S;HERRERA, M.-1aed.- Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp.83-90.

⁸³⁹En el Derecho brasileño, el art. 113 de la LS anónimas para el caso de prenda de acciones, establece que es el accionista quien mantiene el derecho de voto, sin embargo, en el título constitutivo de la prenda podrá pactarse que el accionista no podrá votar en ciertas cuestiones sin consentimiento del acreedor pignoraticio.

⁸⁴⁰Para el debate en materia de cooperativas, tomando como referencia lo dispuesto para las sociedades de responsabilidad limitada, AMORÍN, M. –ALGORTA, P., “Las partes sociales de las cooperativas son pasibles de ejecución forzada”, en *Anuario de Derecho Comercial*, Nro. 14, 2012, Montevideo, FCU, pp. 335-342. En el derecho español dentro de estas dificultades vinculadas al tipo de bien de que se trata se

8.3 Prestaciones accesorias

Las prestaciones accesorias, pueden caracterizarse como obligaciones eventuales de los socios ante la sociedad, en tanto no están impuestas en la estructura del tipo social por la ley, sino que se asumen en el contrato social, se trata de una obligación social, que surge del contrato plurilateral asociativo, se incorpora al estatus de socio, pero no responde necesariamente a las obligaciones caracterizantes del tipo, sin embargo acompañan la transferencia del estatus de socio al enajenarse las partes sociales, salvo que las prestaciones fueran asumidas en función de las cualidades personales del socio, tratándose de prestaciones infungibles.

Si bien se trata de obligaciones sociales, en los sistemas que las regulan, se fija un régimen jurídico diverso para las mismas, respecto a otro tipo de obligaciones de tipo patrimonial que asume el socio respecto a la sociedad, como por ejemplo la de aportar capital. En efecto, si bien se trata de obligaciones surgidas del contrato social, el socio que cumple una obligación accesoria y en el marco de lo regulado para el caso de cumplimiento adquiere un derecho subjetivo respecto a la sociedad, es tratado como un acreedor en ese caso. Las prestaciones accesorias son de carácter proteiforme y la prestación puede tener por contenido cualquier comportamiento, dar, hacer o no hacer. De esta forma de regla ante el incumplimiento, las consecuencias en la posición del socio en la sociedad no se ve afectada, si la prestación del socio es onerosa el socio es tratado como un acreedor y por tanto la erogación será solventada con cualquier fondo, aun con los no distribuibles, claro que esta solución dependerá de lo regulado en el respectivo derecho positivo y en el contrato. Esta regulación se creó en Alemania en el siglo XIX, para satisfacer una necesidad de abastecimiento de remolacha azucarera a un ingenio, en 1892 el legislador configuró la sociedad de responsabilidad limitada como nuevo tipo social y la figura fue admitida en el §3.II de la GmbHG.

En el derecho uruguayo, las prestaciones accesorias, están previstas en el art. 73 de la LSC, que remite al contrato para la determinación de la “naturaleza, duración, modalidad, retribución y sanciones para el caso de incumplimiento”, pero

plantea el conflicto entre la adquisición de las acciones o participaciones en prenda por parte del acreedor y la existencia de posibles derechos de adquisición preferente de los restantes socios art. 125 LSC española, lo que hace que deba haber previsión estatutaria el respecto, sobre esto: FELIU REY, J. *op. cit.* p. 399; ALONSO LEDESMA, C. “Acciones vinculadas y ejercicio de los derechos de socio”, en *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Ed. Civitas, Cizur Menor 2010, , pp. 219-230.

excluye la posibilidad de que se realicen en dinero, al tratarse de prestaciones conexas a cuotas de sociedades de responsabilidad limitada se prevé que para la transferencia de éstas se requerirá en todos los casos el consentimiento de la mayoría especial el acuerdo de socios que representen el 75% (setenta y cinco por ciento) del capital de los socios (artículo 232). Si se trata de sociedades por acciones, las mismas deben ser nominativas, y se limita su transmisión requiriéndose la conformidad de los administradores o del directorio –según exista un órgano u otro- para su transmisión. El artículo tiene como referencia clara el art. 50 de la LSC argentina que prevé similar regulación indicando que si no resultaren del contrato se considerarán obligaciones de terceros y la obligación de diferenciarlas de forma clara de los aportes.

Con el consentimiento previsto en el art. 73 de la ley uruguaya o el art. 50 de la ley argentina, para posibilitar la transferencia se pretende que el socio no se desprenda de esas cuotas o acciones, sin que se logre un acuerdo con la sociedad para resolver como se sustituye la prestación accesoria original. Si el nuevo socio no puede asumirla debe modificarse el contrato social o el Estatuto en tal sentido y se deberá reglamentar a su respecto el cumplimiento de la misma, también el saliente puede negociar con la sociedad continuar con dicha obligación, mediante otro tipo contractual independiente de su calidad de socio. Estas prestaciones accesorias redundan en un beneficio para la sociedad, lo cual puede generar un aumento de su patrimonio. También implican un beneficio para el socio o accionista, dado que, como en general las prestaciones accesorias se remuneran, ello generará un ingreso adicional para el socio, muchas veces fijado como un plus en las utilidades, pero ello no generará más beneficios a la hora de votar en la sociedad.

En el derecho español se encuentran reguladas en los arts.86 a 89 de la LSC de ese país, que precisa su carácter de prestaciones distintas de las aportaciones, requiriendo que en el estatuto o contrato social se indique su contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento, su conexidad con la titularidad de una o varias participaciones sociales o acciones concretamente determinadas, la posibilidad de retribución que debe ser prevista en los estatutos

estableciéndose un criterio de equivalencia respecto del valor que corresponda a la prestación. Finalmente establece la necesidad de la autorización de la sociedad para la transmisión voluntaria por actos inter vivos de cualquier participación o acción perteneciente a un socio personalmente obligado a realizar prestaciones accesorias y de aquellas concretas participaciones sociales o acciones que lleven vinculada la referida obligación, la que al igual que en los sistemas mencionado en las sociedades de responsabilidad limitada es competencia de los socios reunidos en ese caso en la junta general y en las sociedades anónimas, de los administradores, no requiere mayorías especiales, y establece un valor del silencio como consentimiento si en el plazo de dos meses desde que se hubiera presentado la solicitud de autorización sin respuesta. La modificación, del contenido de las prestaciones accesorias además de los procedimientos para modificar el estatuto o contrato social requiere el de quien va a desarrollarla en tanto sale del marco de funcionamiento orgánico de la sociedad e involucra prestaciones ajenas al tipo contractual. Finalmente se establece que de regla la exclusión del socio, no podrá tener como presupuesto el incumplimiento de las prestaciones accesorias, salvo que este fuera voluntario o que se hubiera pactado esta consecuencia.

Si bien estas obligaciones que asumen los socios a través de las Prestaciones accesorias no constituyen la obligación principal asumida al constituir la Sociedad comercial, ellas pueden devenir en esenciales para la correcta realización de la actividad social, lo que involucra la propia existencia y la continuidad de la sociedad, a fin de permitir la realización de su objeto social en el sentido de actividad económica, vg. proporcionar el uso de un bien, material o inmaterial, la prestación de actividad en la sociedad, brindar asesoramiento profesional, o la imagen, suministrar determinada materia prima esencial para el desarrollo del objeto social.⁸⁴¹

Incluir como prestación accesoria el cumplimiento de algunas o de todas las obligaciones emergentes del pacto parasocial, puede ser trascendente en los sistemas donde no es posible la inscripción con impacto en la sociedad o aun en los que es posible, para los tipos sociales a los que no está previsto, puede explorarse esa

⁸⁴¹RIVAS ANSALAS, M, “Algunas cuestiones vinculadas a las prestaciones accesorias en las Sociedades Anónimas y en Libro de Ponencias del XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, 2016 p. 1819-1827, MARTÍNEZ NADAL, A, *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, 1ª. ed., José María Bosh Editor, Barcelona, 1997, p. 12.

posibilidad. Así si esto fuera concebible, las consecuencias propias del incumplimiento de una prestación accesoria se verificarían en caso de incumplimiento del pacto parasocial. Esto comportaría en esos casos la posibilidad de involucrar a la sociedad en tanto acreedora de la prestación, aunque, paradójicamente no se admita que pueda ser parte del pacto parasocial lisa y llanamente, y que las consecuencias del incumplimiento del pacto parasocial, sean además el incumplimiento de una obligación de la que sea acreedora la sociedad, de forma que los remedios societarios ante el incumplimiento serán de aplicación en el caso, por ejemplo la exclusión del socio, que es admisible como consecuencia ante el incumplimiento de una prestación accesoria. Pero incluso en los sistemas en que es posible la inscripción con efectos en la sociedad y oponibilidad a terceros (Capítulo Séptimo), pues el incumplimiento del pacto parasocial inscripto tendría consecuencias en la relación societaria.

Como efectos societarios pueden señalarse la exclusión y la disolución de la sociedad. Podría preverse el incumplimiento de una prestación accesoria como causal de disolución de la sociedad, tanto en el derecho español, como en el argentino y en el uruguayo, los socios podrán establecer en el contrato causales de disolución no previstas por la ley, con el límite del orden público y los que surgen del propio tipo social adoptado que podría de esta forma desvirtuarse.⁸⁴²

En cuanto a la exclusión de un socio por incumplir una prestación accesoria, en la LSC española se prevé como causa legal de exclusión para las sociedades de responsabilidad limitada (art. 350), pero solo cuando el incumplimiento es voluntario, esto es, cuando hay dolo, en caso de incumplimiento a título de culpa debería preverse en el contrato social, si en cambio la no ejecución responde a causa extraña no imputable, no hay incumplimiento imputable y por tanto no puede verificarse la exclusión.

En el derecho uruguayo (art. 147 LSC) o en el argentino (art. 91 LSC) solo corresponde la exclusión, en todos los tipos sociales, si mediará justa causa siendo nulo el pacto en contrario. Y hay una definición estipulativa de justa causa, en lo que interesa al caso, se verifica ante un incumplimiento *grave*. La gravedad, deberá

⁸⁴² Art. 143 LSC uruguayo, art. 363 de la LSC española, art. 89 LSC argentina.

apreciarse respecto al daño o al factor de atribución, puede tratarse de un incumplimiento culposos que genere un grave perjuicio o de un incumplimiento que no genere un perjuicio de significación pero donde se haya conestado la intención de incumplir en el protagonista.

Se aprecia la diferencia entre el régimen español y el argentino y uruguayo, mientras que en el primero (art. 89 inc. final LSC), puede establecerse en el contrato social que el incumplimiento de cualquier prestación accesoria podrá dar mérito a la exclusión en estos no es concebible. En ese sentido en el derecho español, Jesús Alfaro Águila Real ha sostenido que para la regulación de la exclusión en la sociedad de responsabilidad limitada, no hay razones para limitar la autonomía privada, en efecto, la exclusión no afecta intereses de terceros, y tampoco hay afectación alguna de las minorías en tanto, en estas cláusulas estatutarias han sido consentidas por todos, no afectan a los “principios configuradores del tipo, por lo que campea la autonomía privada sin cortapisas en este ámbito.”⁸⁴³

El art. 89 de la LSC española al habilitar la inserción de enunciados que creen prestaciones accesorias, indica que esto podrá hacerse “expresando su contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución” en la dogmática española considerando la necesidad de determinación estatutaria del contenido de la prestación accesoria, se ha hecho cuestión respecto a si puede estar determinado el comportamiento exigible, la prestación a cargo del obligado, en el pacto parasocial, por ejemplo en el pacto se prevé que se deberá votar en la asamblea según defina el sindicato en reunión a celebrarse previo a la misma, etc. Paz Ares la admite para el caso de una prestación accesoria consistente en otorgar el pacto parasocial indicando que se puede obtener la determinación sin necesidad de *reproducir en los estatutos o como anexo el contenido de dichos pactos, del estatuto así surge la obligación per relationem, el contenido la prestación accesoria es determinable.*⁸⁴⁴ Fernández del Pozo y Feliu Rey otros defienden el “principio de reserva estatutaria”⁸⁴⁵. Haciendo caudal de la posibilidad de explicitar el contenido de muchas cláusulas del pacto en el estatuto y fundamentalmente de la publicidad de los mismos que no se cumple si se encuentra fuera del registro el contenido de la prestación, siendo la

⁸⁴³ ALFARO ÁGUILA REAL, J. “La exclusión de socios”, *Tratado de la Sociedad Limitada*, PAZ ARES, C. (coord.), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, p. 885-930 ;Cf. FELIU REY, J. *ob. cit.* p. 433

⁸⁴⁴ PAZ-ARES, C., “El Enforcement de los pactos parasociales”, *Actualidad Jurídica*, N° 5,.. *op.cit.* p. 41

⁸⁴⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L. *El protocolo familiar*, *op. cit.*, p. 241 y 242, FELIU REY, J., *op.cit.* p. 424

prestación accesoria parte del estatuto debe ser calificada por el registrador, invocándose que están sometidas al derecho común y a los principios configuradores (art. 28 LSC). Esta línea argumental no aplica para el caso de los protocolos familiares pasibles de inscripción en el sistema español pues la publicidad del protocolo familiar permite el conocimiento del contenido de la prestación accesoria por remisión, su determinabilidad. (supra Capítulo Sexto, nal. 1, b), por lo que de admitirse esto, se podría en ese caso, invocar como causal de disolución.

La puntuación diversa en el derecho argentino y en el uruguayo de los respectivos artículos podría dar lugar a asignaciones de significado diferente, en efecto en el derecho uruguayo los argumentos de la dogmática española respecto a la precisión y determinación se desdibujan si se considera que se requiere conforme dispone el art. 143 de la LSC uruguay que esté determinada, “su naturaleza”, si bien la mención a la “naturaleza jurídica”, es un resabio del pensamiento de la Escuela Histórica, que ha perdurado aun hoy en la teoría jurídica y lo que se busca en ciencia jurídica, no está en la naturaleza, no es de esencia, sino que emana de convenciones del lenguaje,⁸⁴⁶ lo que debe describirse es el tipo de prestación, así este extremo podría cumplirse, sin que sea necesario detallar todo el contenido alcanzaría por ejemplo con indicar que se ha convenido respecto a la forma de comercializar las acciones, a la forma de gestionar los negocios sociales y al voto en asambleas, en cuanto a la modalidad, cabe remitirse a lo indicado, luego la duración habrá que establecer el plazo del pacto parasocial, en referencia a la retribución, deberá indicarse que se trata de un contrato plurilateral y la ventaja o provecho se obtiene por el proceder en conjunto y deberán explicitarse las sanciones para el caso de incumplimiento.

En cambio en el derecho argentino, que liminarmente parece igual, pero es distinto al uruguayo, podrían militar los mismos argumentos que en el derecho español, en efecto conforme el texto del artículo 50 LSC argentina se indica que “Estas prestaciones no integran el capital y”, “tienen que resultar del contrato;” luego de indicarse que tienen que resultar del contrato, se agrega que “se precisará su contenido”,

⁸⁴⁶CARRIÓ, G., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 4ª reimpresión, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998, pp. 91-105.

la puntuación y la referencia al contenido, que no se encuentra en el derecho uruguayo hace que resulten de aplicación en el caso para no admitir, el conformar como prestación accesoria el cumplimiento de un pacto parasocial. Luego al artículo es idéntico al uruguayo e indica “duración, modalidad, retribución y sanciones en caso de incumplimiento”.

8.4 Organización- disolución

Se describió en el Capítulo Tercero (3.4. lit. e), la tipicidad social y legal incompleta para el caso de las sociedades anónimas y la aplicación en subsidio de las normas legales sobre sociedad civil en los sistemas brasileño, español y uruguayo y sobre contratos plurilaterales en el argentino.

Respecto a la organización y más allá del derecho aplicable en subsidio, la regulación puede ser minuciosa e incluir, los asuntos que deben tratarse y las respectivas mayorías para resolverlos, el régimen de reuniones, para cada tema, la creación de órganos dentro del sindicato, y su régimen de funcionamiento

Las obligaciones dependerán del concreto objeto del convenio, según las variantes que el mismo puede asumir de acuerdo a lo analizado en sede de objeto.

Para convenios referidos al voto, existe la obligación de ejercerlo de acuerdo a lo decidido por el sindicato y el deber de fidelidad hacia el mismo, absteniéndose de realizar cualquier actividad que importe apartarse del fin común para el que fue constituido. Se trata de la obligación de contribución a dicho fin, que emerge del objeto del contrato plurilateral.

Es de estilo pactar que el voto será ejercido por representante común de los sindicatos llamado por la doctrina clásica, síndico, expresión que es polisémica en el derecho en tanto alude a este representante de los sindicatos, pero también a quien ejerce funciones de fiscalización o incluso quien queda legitimado para disponer de los bienes en proceso concursal. En caso de designarse apoderado, del convenio de sindicación surge la obligación de otorgar, el correspondiente negocio de apoderamiento, o en su caso la obligación de no revocar el poder otorgado en forma concomitante. En otro orden puede surgir del pacto parasocial el mandato, en ese caso,

el mandatario deberá comparecer a efectos de brindar su aceptación en el respectivo contrato.⁸⁴⁷

Se ha debatido en la dogmática la posibilidad de pactar la irrevocabilidad del poder.⁸⁴⁸ El poder puede ser irrevocable en dos escenarios, una circunstancia refiere a la hipótesis de mandato dado en beneficio del mandatario o de un tercero, si en ese caso se brinda con poder puede pactarse la irrevocabilidad. Así si uno de los sindicados es el mandatario, el mandato se da también en interés del mandatario, pero también de terceros, pues si hay más de dos sindicados, los restantes sindicados que también serán mandatarios, son terceros respecto a los respectivos poderes que individualmente cada sindicado brinda en cumplimiento del convenio de sindicación.

Otra disquisición refiere a los efectos del intento de revocar el mandato o el poder otorgado, con dos posibles conclusiones. Una consiste en que aunque se exprese la voluntad de cesar el mandato y el poder a despecho de lo pactado, la voluntad no está secundada por el ordenamiento. Desde esta perspectiva el mandato puede tener por objeto “el interés común del mandante y mandatario” y cuando el mandante otorga mandatos que no son de su exclusivo interés, ve limitada su facultad de revocar por la existencia de relaciones jurídicas subyacentes entre el mandante y el mandatario o terceros, que conforman un sistema. El mandato, en ese caso es irrevocable, ya que no depende de la sola voluntad del mandante dejarlo sin efecto. El poder es irrevocable si se celebró sobre el fundamento de una relación básica que excluye la revocabilidad.

Existe la posibilidad de pactar en varios sistemas jurídicos, la irrevocabilidad expresamente, en caso que el poder se vincule a otro contrato que tiene plazo pactado, o si el representante no gestiona solo intereses del mandante, sino también intereses propios, y el poder se presenta como instrumento para ello. La irrevocabilidad por naturaleza del mandato, cuando este ha sido conferido también en el interés del mandatario, es admitida en Uruguay. El Código Civil uruguayo ha previsto que el “*mandato puede tener por objeto [...] el interés común del mandante y mandatario o interés exclusivo de un tercero [...]*”. El art. 2087 establece que el

⁸⁴⁷Sobre la figura del representante y la irrevocabilidad del poder supra nota 379.

⁸⁴⁸PAZ-ARES, C., “El Enforcement...”, *op. cit.*, p. 19.

mandante puede revocar cuando le plazca, debe entonces determinarse si dicha norma, puede ser derogada convencionalmente y si su eficacia material se ve limitada por la propia causa del negocio del contrato y del sistema. Tanto en esta materia, como tratándose de la revocación del poder encuentra su plena aplicación el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, en ausencia de límites establecidos por normas de orden público.

Respecto al poder resulta admisible la irrevocabilidad del poder, porque salvo que fuere irrenunciable, lo que descartamos, el derecho de revocación admite renuncia.⁸⁴⁹

En una segunda opción el mandante revoca el poder y , pone fin al contrato mandato, pero al hacerlo incumple con una obligación de no hacer, no revocar y debe los daños y perjuicios causados por ello. En esa perspectiva, el pacto de irrevocabilidad genera una obligación de no revocar. Pero no implica un negocio abdicativo, que haga que la expresión de la voluntad de revocar no tenga efectos jurídicos, por lo que la renuncia a la revocabilidad es inoperante. La revocabilidad para esta doctrina puede establecerse como un obligación de no hacer en el contrato de mandato, que como tal podrá ser incumplida, pero el poder de representación es en todo caso revocable. Como decía Sánchez Fontans si el mandante revoca el poder, la revocación podrá ser ilícita, pero es siempre eficaz.⁸⁵⁰

Bajo el Derecho uruguayo, si el mandato se encuentra conexo a un negocio con plazo, el mismo deviene irrevocable y si se revoca, se incumple el mandato y el negocio al que accede y para el que es necesario.

También es admisible la estipulación convencional de la irrevocabilidad del poder en un mandato con plazo, si así se pactara aunque no acceda a otro negocio, quien incumple con la obligación de no hacer asumida debe los daños.

En la Argentina, el art. 380, lit. c), del CCyCo de la nación establece que el poder se extingue por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés

⁸⁴⁹ Puede consultarse GAMARRA J., *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, t. I, 3era. Ed. Montevideo, 1977, p.59-69 ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. II, vol. 2, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 338

⁸⁵⁰ SÁNCHEZ FONTANS, J., en *Rev.Fac. Derecho*, “Jornadas de Derecho Comparado”, Montevideo, 1955, p. 386 y ss.

legítimo, que puede ser solamente del representante, o de un tercero, o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa.

En el Derecho brasileño, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 683 del CC cuando el mandato tuviera una cláusula de irrevocabilidad se configura como una obligación de no hacer que hace que ante el incumplimiento el mandante deba resarcir los daños –*“pagará perdas e danos”*–sin embargo, edicta que no es revocable el mandato que contenga poder para dar cumplimiento o ratificar negocios iniciados a los que se halle vinculado.⁸⁵¹

Resulta particularmente fuerte en este tipo de figuras, la incidencia de la cláusula general de buena fe objetiva y de los deberes decurrentes de la misma, en tanto, tomando en cuenta el carácter asociativo y de colaboración de la figura, informa particularmente el comportamiento exigido al participe en el convenio. También surgen obligaciones de no hacer, los de no disponer de las acciones o partes sociales. Pueden constituirse mecanismos tendientes a garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los sindicatos, generando una nueva situación jurídica que se adicione a las existentes. (⁸⁵²). Será posible pactar cláusulas penales, o incluso una prenda respecto a las acciones correspondientes a los sindicatos, en el derecho uruguayo también una prenda sin desplazamiento en relación a las partes sociales de los sindicatos.⁸⁵³

Entre otros derechos de los sindicatos, puede citarse el de asistir y votar en las asambleas o juntas que se celebren, participando de este modo en la toma de decisiones del sindicato. En cuanto a las mayorías para adoptar decisiones en la interna del sindicato, pueden individualizarse según el tema a tratar, decidir por mayoría o por unanimidad o por ambos procedimientos en función del tema de que se trate.

⁸⁵¹ “É irrevogável o mandato que contenha poderes de cumprimento ou confirmação de negócios encetados, aos quais se ache vinculado”

⁸⁵² LORENZETTI, R L., *Tratado de los Contratos*, Buenos Aires-Santa Fe :Rubinzal – Culzoni Editores, 2000, Tomo III, pp. 476-478.

⁸⁵³ Sobre la prenda de participaciones sociales, puede verse ANIDO BONILLA, R., *De la prenda de créditos*. Montevideo: AEU, 2001, pp. 340-341.

Puede confiarse el ejercicio del voto a los propios sindicatos o a un representante común generalmente de carácter permanente denominado “director o síndico”, a quien cada socio deberá conferir poder de acuerdo a lo resuelto, muchas veces se establece la irrevocabilidad del poder. Las acciones dadas en prenda quedan en poder de un depositario que a su vez podrá encargarse de la ejecución de las garantías en caso de incumplimiento

El sindicato puede tener una estructura muy simple, la reunión de los sindicatos y la asistencia de estos a la asamblea a fin de votar de acuerdo a lo decidido, o puede tener estructuras complejas con distintos órganos..

Los sindicatos se obligan normalmente a mantener el compromiso respecto de los votos que pudieren corresponderle por futuras adquisiciones de partes sociales o acciones y depositan estas últimas, en su caso.⁸⁵⁴

También es posible, pensar en la transmisión de la propiedad fiduciaria de las partes sociales o acciones, (Capítulo Cuarto 4.1, b) en los sistemas donde el fideicomiso se encuentra regulado, En el caso, la posibilidad de revocar el fideicomiso, debe estar necesariamente vinculada con aquellas que habilitan la desvinculación del sindicato. En su caso constituir un fideicomiso de garantía sobre las acciones en cumplimiento de las obligaciones asumidas a través del convenio de sindicación.

Se expresó en sede de objeto, que importaba la existencia de restricciones a la posibilidad de transmitir acciones o partes sociales, habiéndose detallado que tales limitaciones, pueden tener origen legal, estatutario o del contrato social, o estar originadas en negocios como el convenio. Así de estos, puede surgir, además de la obligación de otorgar preferencias en el precio u otras condiciones, cláusulas de autorización por los órganos del sindicato de la enajenación, sea que esta la brinde la asamblea de sindicatos, o a otro sujeto, o la obligación de no disponer de las acciones o partes sociales salvo el acaecimiento de determinadas situaciones previstas en el convenio, sobre situaciones de hecho, o respecto a características de los adquirentes, sea de carácter positivo o negativo.

Resulta conveniente regular el funcionamiento de la asamblea de sindicatos, y la actuación en los órganos de decisión de la sociedad. En caso de ausencia de estipulación sobre si las decisiones se adoptarán por mayoría o unanimidad,

⁸⁵⁴VICENT CHULIA, F. *op. cit.*, p. 3035.

corresponde, aplicar en forma supletoria las normas en materia de sociedad civil, por lo que cabe concluir que se resolverá por mayoría. Además de dicha asamblea que generalmente se reúne, en forma previa a la celebración de una asamblea de socios o accionistas de la sociedad.

El elemento tiempo como duración, es fundamental en el tipo negocial convenio de sindicación, se trata de contratos llamados a perdurar en el tiempo y la utilidad se obtiene mediante esa duración. De esta forma como se vio en el Capítulo Quinto, al analizar el objeto, los convenios de sindicación, especie del género pacto parasocial, socialmente tienen un contenido típico que apunta a reglamentar las vicisitudes que se presentan durante el lapso en que se extiende la relación. Dicha relación supone la colaboración de los pactantes, y un particular énfasis de la buena fe objetiva. Se trata de contratos plurilaterales asociativos, por los que los otorgantes regulan sus relaciones en función de la condición de socios de todos o algunos de ellos. Esto no alcanza exclusivamente a los convenios sobre el voto sino a todo el proteiforme contenido de las obligaciones asumidas por los pactantes que tiene contenido patrimonial como se describió al analizar el objeto.

El convenio de sindicación es una estructura normativa que va concretándose en el otorgamiento de actos (voto) o negocios jurídicos puntuales que no se comprenden cabalmente si no se tiene en cuenta esa estructura asociativa.

La organización trasciende muchas veces a los componentes personales del sindicato de socios o accionistas que pueden ir variando, en las formas analizadas a lo largo de esta obra (Capítulo Cuarto).

En la doctrina se ha discutido si estos contratos son asociativos así se ha sostenido que los contratos asociativos tienen como finalidad crear una organización y no regular derechos subjetivos de los socios. Esta postura puede ser sustentable para ciertos pactos parasociales, no para los convenios de sindicación que en la acepción que hemos dado al término, tienden a crear una estructura. De todas formas a los efectos de la regulación del tipo contractual el debate no resulta relevante, en tanto, los convenios de sindicación una vez descartado su carácter bilateral se regulan por

las normas sobre sociedad civil, o sobre contratos asociativos, en los sistemas donde existe dicha regulación como el argentino.

En los convenios que imponen limitaciones a la transmisión de acciones, se ha postulado en Brasil el carácter de contrato bilateral, determinación que como se viera en el Capítulo Tercero incide en el régimen jurídico aplicable. En el derecho brasileño el carácter bilateral o plurilateral tiene incidencia además en la posibilidad de denuncia del convenio.⁸⁵⁵

Suponiendo como hipótesis un convenio de sindicación – en la definición adoptada- que solo refiera a aspectos patrimoniales y no políticos, el mismo no escapa a mi juicio a la forma de una agrupación de personas con finalidad diversa del contrato bilateral. Tampoco se trata de un contrato marco, esto es aquel con el cual las partes predispondrían el contenido de los futuros contratos. En cuanto al plazo cierta doctrina brasileña se mostró reticente a que se fijaran plazos extensos, ensayando diversos argumentos, básicamente, la invocación de la transitoriedad de la situación jurídica de obligación. Incluso cierta doctrina ha planteado que solo los convenios de sindicación que tuvieran por objeto el voto podrían en ese sistema tener plazo indeterminado. En cambio esto se ha postulado inadmisibles para los que implican limitaciones a la transferencia de acciones, reputando inaceptable un negocio de opción con plazo indeterminado, por la situación de sujeción en que se coloca el sometido a la opción derecho potestativo. Sin embargo, la opción para que se configure supondrá un plazo determinado o indeterminado que surgirá de otras estipulaciones del convenio si no se pacta plazo no habrá opción pues el sujeto supuestamente sometido a la opción podría desvincularse justamente porque no hay plazo. El plazo en ese caso debe referirse a mientras integre el sindicato, o mientras sea socio de la sociedad, no se estará obligando sine die.⁸⁵⁶

En el derecho español y en el uruguayo, si se entiende que que conforman una sociedad civil, o que resultan de aplicación las normas en materia de sociedad civil, en caso de no establecerse un plazo, cualquier socio podrá solicitar la disolución de la

⁸⁵⁵ PAES BARROS LEAES, L., “Resolução de acordo de acionistas por quebra de affectio societatis”, Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos— homenaje al Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e NovaesFrança, LiberAmicorum, Ed. Malheiros, San Pablo, 2011, p. 443

⁸⁵⁶ En la doctrina brasileña que se llegó a plantear que si el plazo era extenso el convenio debía considerarse sin plazo, Vd. CARVALHOSA, M. *Acordo de Acionistas: Homenagem a Celso BarbiFilho*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 73. Sin embargo, en ausencia de previsión legal al respecto en dicho sistema, tal planteo no resulta de recibo.

sociedad, sin tener que invocar causa alguna. Sin embargo, aunque esta facultad de poner fin al vínculo podría estar condicionada a algún extremo concreto por ejemplo estableciéndose que para pedir la disolución se deben reunir ciertos requisitos, incluso relacionados a la sociedad a la que la sindicación accede.⁸⁵⁷ En la doctrina española, gran número de autores ya de larga data han sostenido la aplicación de las normas de sociedad civil al convenio de sindicación, algunos lo han llevado a otros modelos de pactos parasociales en tanto se pueda apreciar un fin común, por considerárselo un contrato de sociedad al que en ausencia de regulación específica le aplican las normas de la sociedad civil tipo societario general.⁸⁵⁸

En este último sentido el pacto tendrá la consideración de una sociedad interna aplicándosele la normativa de la sociedad civil, opinión que no compartimos como se señaló supra, por no contar en particular el convenio para el voto con una finalidad lucrativa. Debe tenerse presente que en la dogmática española ha prosperado una corriente que ha tendido a revisar el concepto de fin de lucro como característico de la sociedad, reconduciendo cualquier fenómeno asociativo a un concepto amplio de sociedad cuyos elementos tipificantes serían el origen negocial y el fin común, careciendo de relevancia entonces el fin lucrativo de la sociedad, obteniéndose así una noción neutral que alcance todo fenómeno organizativo.⁸⁵⁹

Sin embargo, parece preferible la opinión contraria, en tanto conforme al derecho positivo, parece un elemento de la causa del tipo sociedad la finalidad de lucro. Como señalara Díez Picazo, esto surge del art. 1665 del CC español que caracteriza al contrato de sociedad por el “ánimo de partir entre sí las ganancias”, así las partes buscan la obtención de una ganancia o de un lucro con independencia de que sea o no sea el fin fundamental, en el derecho uruguayo ello surge del art. 1875 del C.C.⁸⁶⁰ De

⁸⁵⁷ ALONSO LEDESMA, C. “Sindicato de voto”, *op. cit.*, p. 1034

⁸⁵⁸ ALONSO LEDESMA, C. Voz “Pactos parasociales”, *op. cit.*, p. 856; FERNANDEZ DE LA GANDARA, F., Voz “Pacto Parasocial”, *op. cit.*, p. 4714; GALEOTE MUÑOZ, M^a del P. “*Sindicatos de voto...*”, *op. cit.*, p. 13; MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, *op. cit.* p. 83.

⁸⁵⁹ PAZ-ARES, C. “*Comentario a los arts. 1.665-1. 708 CC*”, en C. PAZ-ARES, C. DÍEZ PICAZO, L, BERCOVITZ, R SALVADOR, P. (Dirs.), *Comentarios al Código Civil, t. II*, Madrid, Ed. Del Ministerio de Justicia, 1991. p. 1307

⁸⁶⁰ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. IV, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor - 2010, p. 607 y FONT GALÁN, J. I. - PINO ABAD, M. “La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (solo) jurídica del concepto legal de sociedad”, en *Rev. de Derecho Mercantil*, núm. 239, enero-marzo 2001, p. 77. En relación con los convenios de sindicación para el voto, también Oppo

todas formas, como señalara Fernández del Pozo tal debate no impacta en cuanto al derecho aplicable. En lo atinente a los convenios de sindicación serán aplicables en lo compatible en el sistema español y en el Uruguay las normas en materia de sociedad civil, en estos negocios de colaboración asociativa, que este autor siguiendo a la otra opinión califica de sociedades internas.⁸⁶¹ Respecto a las consecuencias de la calificación negocial, corresponde remitirse a lo señalado en el Capítulo Tercero.

Imaginando como hipótesis, un convenio de sindicación de bloqueo puro sin regulación del voto, el aspecto organizativo-procedimental de los constituyentes del sindicato de voto, se da en el acto constitutivo, no es necesario concretarlas en un acto posterior y de esta forma quedan fijadas definitivamente en el contrato parasocial, también en ese caso hay un aspecto organizativo.

Calificado de esta forma en el Derecho español y en el Uruguay ante un contrato de naturaleza asociativa al que resultan aplicables las normas en materia de sociedad civil, el incumplimiento por uno de los miembros de las obligaciones impuestas en el contrato social podrá motivar, la solicitud de la disolución de la sociedad (cfr. art. 1.707 CC español y 1926 del CC Uruguayo), la exclusión de socio incumplidor (art. 218.7.º CCo español y 70 y 71 LSC Uruguay aplicables por analogía), de manera que en este último caso el contrato seguirá vigente entre los demás socios. Asimismo, a nivel de remedios para el acreedor, sin acudir a la aplicación analógica si puede solicitarse la disolución del contrato de sociedad, puede requerir que el incumplidor exclusivamente sea excluido. Si el contrato se haya celebrado por tiempo indefinido cualquiera de los socios pueda poner fin a la sociedad mediante la correspondiente expresión de voluntad, pero a diferencia de los contratos de cambio, nada impedirá la continuidad de la sociedad si así lo acuerdan los demás socios (Cfr. art. 1.705 CC español y 1887 del CC Uruguayo). Respecto a esta expresión de voluntad, en el sistema Uruguayo, se limita la autonomía privada por el art. 1892 estipulándose que no podrá pactarse que los socios no puedan desvincularse por su voluntad cuando haya justa causa y como contracara que cualquiera pueda retirarse cuando quiera. Es apropiado fijar un plazo, por cuanto en caso contrario cualquiera de ellas puede retirarse si hay justa causa para ello, esto puede resumirse a razones de conveniencia u

basándose en el derecho positivo italiano negaba la existencia de una sociedad pues se requiere para que exista el poner algo en común con para obtener un lucro o soportar las pérdidas. OPPO, G. *Contratti parasociali*, ob. cit., p. 89.

⁸⁶¹FERNANDEZ DEL POZO, L. “El enforcement societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, en *RDS*, núm. 29 (2007), pp. 147, 154 y 159

oportunidad y complementarse con un preaviso, se ubica en ejercer el derecho de abandonar la sociedad de sin generar daños injustos.

Hemos señalado que el convenio de sindicación no encarta en la categoría sociedad civil o sociedad interna al decir de la dogmática española. Que se trata de otro tipo contractual al que son aplicables en subsidio las normas de la sociedad civil cabe analizar ahora si, en caso de fallecimiento de uno de los miembros, aplica lo dispuesto en el art. 1.704 CC español o 1928 del código civil uruguayo, que establecen que se disuelve la sociedad por la muerte de cualquiera de los socios salvo que por ley o pacto especial haya de continuar entre los socios sobrevivientes con los herederos del difunto.

Como se señaló supra (Capítulo Sexto 6.2 b), no existe norma alguna de la que surja el carácter infungible de las proteiformes prestaciones que un pacto parasocial en la variante convenio de sindicación pone a cargo del accionista, a la postre fallecido. En la sociedad civil el carácter *intuitupersonae* deriva de la responsabilidad ilimitada y de las especiales características personales de alguien con quien otro se asocia en ese régimen, en el derecho uruguayo las sociedades civiles carecen de personería jurídica (art. 1918 CC. Uruguayo).

En el derecho español las sociedades internas, también carecen de personería jurídica, el art. 1.669 CC, indica que no la tendrán las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de estos contrate en su propio nombre con los terceros. Si se sostiene que un convenio de sindicación se subsume en tal tipo contractual se abre el debate respecto a si la sociedad creada deja de ser secreta en los casos de inscripción de dichos convenios de sindicación en el RM (supra Capítulo Sexto 6.1).

Si en cambio, como postulamos en el presente, se entiende que el convenio de sindicación es otro tipo contractual al que resultan aplicables en subsidio las normas sobre sociedad civil tal cuestión no es admisible.

El convenio de sindicación podrá dejar de producir efectos si el contrato principal se extingue por la muerte del socio. Pero las normas que se extraen de los artículos citados a mi juicio no son aplicables, a los pactos parasociales, salvo que se

acredite que por el negocio el fallecido había asumido una prestación personalísima. De regla, todas las obligaciones asumidas en el pacto se transfieren a los herederos. Si al interior de las obligaciones que surgen del convenio de sindicación alguna refiere a cualidades personales del fallecido, esta será la que se extinguirá a la muerte del accionista y no todas las demás, en todas las variantes desarrolladas en el Capítulo cuarto cuando se precisaron las posibles normas que surgen de este tipo de convenios.⁸⁶²

En el marco de la aplicación en subsidio de las normas en materia de sociedad civil la modificación del contrato requiere unanimidad, pero es admisible un pacto en contrario, estableciendo mayorías para la modificación al igual que ocurre para la adopción de ciertas decisiones. Sin embargo la situación se aparta de lo admisible si se deja la modificación al arbitrio de uno solo de los contratantes (art. 1256 del CC español, art. 1253 del CC uruguayo).

De contar con una duración indeterminada, en el Derecho español podría pedirse la disolución si concurre un justo motivo a tenor de lo dispuesto en el art. 1707 CC de ese país en el Derecho Uruguayo también esto será posible a tenor de lo dispuesto en el artículo 1892 inc. 1 del CC de Uruguay.

En el caso de pactos relativos al órgano de administración, no es relevante la duración máxima del cargo de los administradores en las sociedades anónimas por ejemplo el que surge del art. 221.2 LSC españolas, en tanto podrá establecerse que cualquiera que fuere el director designado por el sindicato deberá proceder de la forma que indique el sindicato en caso omiso o denegado será sustituido y el accionista incumplirá lo pactado.

En España y Argentina, siempre y cuando sea uno de los pactos regulados en las leyes de sociedades de capital analizadas en el capítulo sexto, podría sostenerse que la salida a Bolsa de la sociedad implica que el pacto parasocial, implicará un supuesto de incidencia del principal sobre lo accesorio, por cuanto, a partir de ese dato, hasta que no se concrete el registro, la eficacia va a verse suspendida.

Conforme lo expuesto, el convenio de sindicación cesará en su eficacia, por el vencimiento del plazo, el contractual o en su caso el legal por ejemplo para las sociedades anónimas en el ámbito de aplicación del artículo 331 de la LS uruguaya; por el acaecimiento de condición resolutoria si esta se hubiera pactado o por manifestación

⁸⁶² Contra NOVAL PATO, J. Los pactos omnilaterales..., op.cit., p. 55 y MARTÍNEZ ROSADO, J. ob. cit. p. 86

unilateral de voluntad de uno de los sindicatos, con las siguientes variantes: (i) el ejercicio de por parte de los sindicatos de la facultad de denuncia que puede acontecer, cuando el sindicato se constituyó sin plazo sin generar la consecuencia de disolución del sindicato si este puede seguir existiendo, por ejemplo no queda reducido a un solo sindicato. (ii) Cuando el sindicato insta la disolución anticipada por justo motivo de conformidad por circunstancia grave, no cualquier dificultad habilita esta posibilidad También puede disolverse por el consentimiento de todos los sindicatos, como cualquier contrato o por la reunión en una sola persona de todas las partes sociales o acciones de que eran titulares los componentes personales del pacto, en estos casos pierde la sindicación el carácter pluripersonal que es esencia de la misma. Finalmente por la extinción de la sociedad referente del convenio de sindicación, en mérito a la conexidad contractual explicitada, dado que la desaparición de la misma, deja sin asunto al pacto, en tanto lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

CAPÍTULO NOVENO

RESPONSABILIDAD CIVIL

CONVENIOS DE SOCIOS Y ACCIONISTAS

LOS PACTOS PARASOCIALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y EL
DERECHO DE DAÑOS

9.1 Introducción

En la dogmática del derecho hispanoamericano se ha ido consolidando, un modo de entender el fenómeno del incumplimiento contractual, con un menú de opciones para el acreedor, que puede escoger entre distintas facultades o pretensiones verificada la inejecución de las obligaciones. Indica el autor chileno, Carlos Pizarro, que se trata de una idea que busca privilegiar el interés del acreedor, un modelo despercudido del concepto de culpa, y morigerado por el principio de buena fe. Así se ha creado una nueva nomenclatura, un sistema de remedios al incumplimiento contractual.⁸⁶³

Los remedios de tutela para el acreedor, varían desde la indemnización de daños moratorios o compensatorios, la pretensión de cumplimiento específico, la resolución del contrato, o la desvinculación del incumplidor.

La doctrina ha debatido sobre si el deudor puede optar por cualquiera de los remedios disponibles o si existe un orden impuesto al respecto por el orden jurídico. De poder optar por cualquiera el límite estará en el abuso de derecho.⁸⁶⁴

Para un sector de la doctrina el incumplimiento constituye un evento dañoso y estamos al interior del Derecho de daños.

El así denominado sistema de Derecho de daños, subsistema del sistema jurídico, desarrolla dos funciones básicas, preventiva y reparatoria, y cuenta a su vez con dos respectivos subsistemas, el de prevención del daño y el de reparación o resarcimiento.

Las normas que regulan la reparación o resarcimiento del daño conforman el subsistema de responsabilidad civil. A su vez, al interior de este se distinguen varios

⁸⁶³PIZARRO WILSON, C., "Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato". *Revista de derecho (Coquimbo)*, 21(1), p. 203-219 disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532014000100006>, citando a MORALES MORENO, A.M. "Evolución del concepto de obligación en derecho español", en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor- Navarra, Ed. Thomson-Civitas, 2006. p. 17- 54.

⁸⁶⁴ Sobre este asunto, la clásica obra del profesor de la Universidad de Valencia, VERDERA SERVER, R. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995. p. 95-115

subsistemas, de responsabilidad contractual, extracontractual y del responsabilidad en el derecho de consumo.

La responsabilidad contractual, constituye un subsistema del sistema de la responsabilidad civil de forma que el incumplimiento de obligaciones es supuesto de hecho para el nacimiento de la obligación del deudor de reparar daños al acreedor.⁸⁶⁵

El sistema jurídico en ese caso brinda remedios al acreedor que se encuentran en conexión con las categorías del incumplimiento, sea este definitivo o temporal; inexacto o defectuoso, total o parcial. Así existen remedios que tienden al cumplimiento, a la desvinculación de las partes y el cese de la eficacia contractual o en los contratos plurilaterales a la desvinculación del incumplidor, y remedios que tienden a la indemnización del daño. En el ámbito del incumplimiento de las obligaciones generadas por un pacto parasocial nos ubicamos en la responsabilidad contractual que se aplica a los supuestos de daños causados por un sujeto (deudor) y padecidos por una víctima (acreedor) que se encuentra vinculado con ésta última por una relación jurídica⁸⁶⁶

El incumplimiento del programa de conductas impuesto para los otorgantes del pacto parasocial y la reparación del interés lesionado a los acreedores se encuentran regulados por las normas del subsistema normativo de responsabilidad contractual.

Dicho subsistema, se conforma por normas generadas por las partes en el propio contrato y por normas legales que se integran con las anteriores para generar el conjunto normativo que rige a los contratantes, dentro de estas como se ha analizado a lo largo de esta obra, existen normas legales inderogables en ejercicio de la autonomía privada y normas legales cuya eficacia material puede ser variada por las partes y rigen

⁸⁶⁵MARIÑO LÓPEZ, A. *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario Derecho de Daños* Tomo I, Ed. La Ley, Montevideo, 2018, p. 1-36.

⁸⁶⁶ALTERINI, A. A. - AMEAL, O. J.-LÓPEZ CABANA, R. M., *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 152, expresan: “La responsabilidad es calificable como contractual cuando hay un deber preexistente que es específico y determinado, tanto en relación al objeto como al sujeto obligado: cuando ha sido concretada una obligación de dar, de hacer, o de no hacer algo, como, por ejemplo, cuando D vende a A un equipo de video, queda obligado a entregárselo, y si no cumple, la transgresión de ese deber de entrega genera su responsabilidad contractual. En cambio, la responsabilidad enrola en el área extracontractual cuando hay un deber preexistente que es genérico (deber general de no dañar), e indeterminado en cuanto a los sujetos pasivos”; MARIÑO LÓPEZ, A., *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*. op.cit. nota del art. 1319.

en la medida que los sujetos contratantes no disponen otra cosa a través de las normas que ellos mismos crean por medio del contrato. Así, el incumplimiento de la conducta debida y sus consecuencias se regula por dicho conjunto conformado por normas de origen legal y contractual. El evento dañoso es el incumplimiento de la obligación del deudor.⁸⁶⁷

Para otro sector de la doctrina en cambio, no debe hablarse de responsabilidad contractual sino de efectos de las obligaciones contractuales el incumplimiento no genera una nueva obligación del deudor, sino que las situaciones jurídicas que incumben en el caso, todas ellas, tienen su origen en las normas surgidas del contrato, y es éste la fuente de la obligación resarcitoria si se generan daños como consecuencia del incumplimiento. Pero, para esta segunda postura, si estos no se generan también hay efectos que surgen del contrato, de forma tal que el acreedor al que se le faltó tiene el derecho al cumplimiento y si la ejecución forzada específica no es posible por hecho imputable al deudor, puede solicitar el equivalente. Esta posibilidad de solicitar el equivalente, para este grupo de doctrinarios, no constituye una pretensión indemnizatoria. Esto último, es para ellos, un supuesto contemplado en el contrato desde el que surge dicha obligación incumplida. De ese mismo contrato, de esa fuente, surge también la obligación del deudor incumplidor, de abonar los daños al acreedor; configura así un efecto de la propia obligación surgida del contrato.

Para esta doctrina si la prestación deviene imposible por accionar imputable al deudor, la obligación se perpetúa (*perpetuatio obligationis*), no se extingue como ocurre ante el acaecimiento de causa extraña no imputable, transformándose el referente material de la prestación en la obligación originaria en su equivalente económico. Así al

⁸⁶⁷ **MARIÑO LÓPEZ, A.** *TRATADO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO DERECHO DE DAÑOS TOMO I*, OB.CIT., P. 783; **PANTALEÓN, F.**, “LAS NUEVAS BASES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL”, *Anuario de Derecho Civil*, ESPAÑOL, 1993, 4, XLVI, P. 1052-1055; **MORALES, A.**, “PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO Y PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA”, EN: **MORALES, A.**, *La modernización del derecho de obligaciones*, THOMSON-CIVITAS, CIZUR MENOR, 2006, P. 91; **DÍEZ-PICAZO, L.**, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, volumen II, Las relaciones obligatorias*, CIVITAS-THOMSON REUTERS, PAMPLONA, 2008, 6ª EDICIÓN, PP. 780 – 781

abonarse dicha suma, se está cumpliendo por equivalente, y no abonándose un resarcimiento, este equivalente pecuniario (*aestimatio rei*) sustituye la prestación originaria, dar hacer o no hacer algo, a ello deben sumarse los daños padecidos si los hay.⁸⁶⁸

El remedio de cumplimiento apunta a obtener la prestación incumplida del mismo modo que debió ser ejecutada, aplicándose el poder del Estado para que esto se verifique. Así, se ejecuta coactivamente la prestación para satisfacer el interés del deudor, o en su caso, se ejecuta por equivalente transformándose el objeto en una suma de dinero equivalente a la prestación debida (*aestimatio rei*) o se permite al acreedor poner fin al contrato todos efectos del propio contrato.

Para esta postura doctrinaria, el remedio de indemnización es distinto al cumplimiento que puede darse en forma específica o por equivalente.⁸⁶⁹

⁸⁶⁸ PEIRANO FACIO, J., *Curso de Obligaciones*, T. III, CED, Montevideo, 1953, p. 133- 134 JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, p. 238; LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Ed. Trivium, Madrid, 1999, p. 315 apud. MARÍÑO LÓPEZ, *Tratado ...* T. I, *op.cit.* p. 785, BERDAGUER, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, t. 1, 2ª. edición, FCU, 2005, pp. 223-226 y 228-229; ALCALDE, E., *La responsabilidad contractual. Causa y efectos de los contratos y sus obligaciones*, Ediciones Universidad Católica, Santiago de Chile, 2018, p. 472. DE CORES, C. –GAMARRA, R.-VENTURINI, B, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario del Incumplimiento del Contrato*, Ed. La ley, Montevideo, 2013 p. 2-13

⁸⁶⁹ En la jurisprudencia española puede citarse la sentencia STS de 26 de diciembre de 2006 disponible en <https://vlex.es/vid/compraventa-vivienda-fijacion-da-ii-lec-26239132> que indica: “*Ante todo, se ha de subrayar que la pretensión de cumplimiento deducida por la actora en el momento de presentar la demanda es perfectamente posible y puede ser encajada en el artículo 1124 II CC : el perjudicado podrá optar entre exigir el cumplimiento o la resolución, en ambos casos con abono de daños y perjuicios. Pero ocurre que un hecho posterior, imputable claramente a la contraparte, provoca la imposibilidad del cumplimiento. Estaríamos ante lo que una línea jurisprudencial antigua denominaba un hecho obstativo que de modo "absoluto, definitivo e irreformable" (Sentencias de 5 y 9 de julio de 1941, 28 de enero de 1944, 12 de abril de 1945, 9 de marzo de 1950, etc.) impide el cumplimiento, y ello, con independencia de que faculte para pedir la resolución, incluso después de haber pedido el cumplimiento, como señala el inciso final del párrafo segundo del artículo 1124 CC, significa que esta imposibilidad sobrevenida no extingue la obligación, pues, como ha señalado la jurisprudencia, interpretando los preceptos de los artículos 1182 a 1184 del Código civil, en la imposibilidad sobrevenida, que puede ser física o legal, pero en todo caso ha de ser objetiva, absoluta y duradera (Sentencias de 15 de febrero y 21 de marzo de 1994, 30 de abril de 2002) se excluye la liberación del deudor cuando resulta provocada por él (Sentencias de 2 de enero de 1976, 15 de diciembre de 1987) o le es imputable (Sentencias de 7 de abril de 1965, 7 de octubre de 1978, 17 de enero y 5 de mayo de 1986, 15 de febrero de 1994, 20 de mayo de 1997, 30 de abril de 2002, etc.). Ante tal situación, hay que acudir al cumplimiento por equivalente, que ciertamente no se ha de confundir con la indemnización de daños, pues responde a principios y criterios diversos, ya que el cumplimiento sustituye a la prestación, en virtud de la perpetuatio obligationis, y la indemnización de daños y perjuicios obedece a una nueva obligación que la ley (artículo 1101 CC) hace*

El profesor bonaerense, Sebastian Picasso, ejemplificaba con una situación ventilada en la jurisprudencia francesa, en la que hay incumplimiento, pero no hay daño, que sirve para distinguir una postura de otra. Así, si alguien se obliga a entregar un inmueble en buen estado al vencer un contrato por el que se le transmitió la tenencia, y lo devuelve en mal estado, pero quien debía recibirlo lo va a destruir para una finalidad económica lucrativa, no hay daño y sin embargo hay incumplimiento, en la postura que reconduce la situación a un supuesto de indemnización de daños, nada debería abonar el deudor, en cambio si se trata de la ejecución por equivalente sí debe hacerlo, debe considerarse el valor de los deterioros y abonarse el importe aunque el propietario que recibió el bien luego vaya a destruirlo.⁸⁷⁰

En la misma posición, el catedrático salamantino Llamas Pombo, señala que el equivalente pecuniario de la prestación es cumplimiento; subrogado de la ejecución *in natura*, y subsidiario a ésta para el caso de imposibilidad y no resarcimiento, se señala por esta doctrina que se actúa sobre el hecho ilícito, el incumplimiento, procurando eliminarlo, y se agrega, y esta es la diferencia central, haya daño o no, si los hay podrán ser reclamados.⁸⁷¹

El ex profesor uruguayo Jaime Berdaguer, indica que la responsabilidad emerge de la obligación originaria (y no de una nueva), de forma que luego del

surgir por razón del incumplimiento, fijando su extensión (artículos 1106, 1107 y 1108 CC). Es cierto, sin embargo, que en el cumplimiento forzoso por equivalente, concurrente con la indemnización de daños, a la postre el perjudicado va a recibir una cantidad de dinero. Es lo que viene a decir ya la sentencia de primera instancia, donde se encuentra el nervio de la solución adoptada, si bien acude a la resolución, lo que es superfluo en el caso. Y también podría entenderse que es lo que viene a decir la sentencia recurrida cuando, al definir la indemnización, se refiere, bien que de modo vago e impreciso, a "otros componentes de la indemnización" Y cierto es también que las sentencias de instancia se expresan confusamente, pero la solución, aún cuando debiera haberse expresado en otros términos, es la procedente. Por lo que, aplicando la consolidada teoría de la equivalencia de resultados, no cabe casar la sentencia por este motivo, pues el recurso se formula contra el fallo, y no contra lo razonado en sus fundamentos de Derecho (Sentencias de 27 de septiembre de 1992, 10 y 24 de noviembre de 2000, 19 de julio y 21 de noviembre de 2001, 14 de febrero de 2002, 26 de junio, 6 de noviembre y 19 de diciembre de 2003, 29 de marzo, 14 de mayo y 22 de octubre de 2004, etc.)."

⁸⁷⁰ Fallo de la Corte de Casación francesa Tercera Sala Civil, de 30 de enero de 2002, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2002-321, con nota de GAUTHIER, P. I., referida por PICASSO, S., *La singularidad de la responsabilidad contractual, Una teoría sobre la persistencia de la responsabilidad contractual frente a la unidad del fenómeno resarcitorio*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 131, nota 269, *apud.* MARIÑO LÓPEZ, A. *Tratado... T. I op.cit.*, p. 786

⁸⁷¹ LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Madrid, Ed. Trivium, 1999, p. 54; *apud.* FELIU REY *ob. cit.* p. 329; en la misma línea VERDERA SERVER, R. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones, op.cit.* p. 80-93

incumplimiento el deudor no debe la prestación originaria sino la sanción y dentro de ésta se encuentra la obligación indemnizatoria que no nace del incumplimiento sino que nació del contrato y varía de objeto.⁸⁷²

La concepción de una u otra doctrina influye, por ejemplo en lo siguiente, de entenderse que el cumplimiento por equivalente es una forma de cumplimiento, si se ejercita una acción de cumplimiento se obtendrá, o bien la prestación originaria o, ante su imposibilidad, el equivalente pecuniario, no es un remedio autónomo, sino que forma parte del remedio de cumplimiento. Para el académico español Morales Moreno, aunque lo recibido por concepto de ejecución forzada por equivalente, desde el punto de vista económico pueda cumplir una función indemnizatoria, no lo es, jurídicamente. Se trata de una medida especial, a nivel procesal, no de un remedio autónomo, que se sitúa entre la pretensión de cumplimiento específico -in natura- y la pretensión indemnizatoria, como una indemnización limitada, con un supuesto de aplicación distinto del general de la pretensión indemnizatoria, así, para esta postura si además se pretende que se indemnicen otros daños se deberá promover la acción de indemnización de daños y perjuicios. Pero a la inversa al demandar los daños y perjuicios, no podrá solicitarse el equivalente pecuniario, ya que para estos autores, éste no es un concepto integrante de aquél, sino autónomo e independiente.⁸⁷³

En Uruguay, el tratadista Jorge Gamarra en cambio sostuvo que el incumplimiento de obligaciones genera la obligación del deudor de reparar los daños, aunque dentro de esta postura se presentan diferencias respecto a la obligación principal. Para Mariño López también las esferas de la responsabilidad civil tienen elementos en común, buscan la misma finalidad y presentan la misma función y la pretensión ejecución forzada por equivalente, es una pretensión indemnizatoria autónoma y así la denomina, utilizando un significante más acorde al significado que se postula, que el clásico ejecución por equivalente que parece responder a la teoría de la

⁸⁷²BERDAGUER, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, op.cit. p. 226

⁸⁷³MORALES MORENO, A. M., "Prestación de cumplimiento y prestación indemnizatoria", *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. 1, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2006, p. 525-556 y *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor- Navarra, Ed. Thomson-Civitas, 2006. pp. 90- 91; apud. FELIU REY, J. ob. cit. p. 332.

perpetuatio obligationis.⁸⁷⁴Caffera, señala que existe una norma primaria contractual o de otro origen que es soporte de una obligación, si se verifica el antecedente de esa norma, incumplimiento materialmente imputable a eso se sigue una sanción, este profesor de la Universidad de la República si bien utiliza la expresión ejecución forzada por equivalente, al precisar el significado de dicho significante, señala que la conducta debida consiste en el resarcimiento de los daños causados, por el incumplimiento.⁸⁷⁵

Desde esta perspectiva, entonces el valor de la prestación debida, “aestimatio rei” es un daño a ser resarcido, *id quod interest*. No se trata de un remedio de cumplimiento, sino de un remedio indemnizatorio. La obligación originaria, al ser incumplida, no se extingue, ni se nova, ni modificaba su objeto, el incumplimiento imputable y atribuible, no transforma la obligación que permanece inalterada solo agrega la sanción, es un supuesto de hecho de la obligación del deudor de indemnizar los daños producidos al acreedor, si no se verifica el factor de atribución previsto para dicho supuesto, no es atribuible el incumplimiento material de la obligación. Para Gamarra esa nueva obligación de reparar el daño, es la única vía que permite, ante la negativa del deudor, que el acreedor no sufra perjuicios.⁸⁷⁶

Obsérvese que para esta posición si el cumplimiento no es posible por hecho imputable al deudor y no hay daños, el acreedor no debe percibir nada, no surge una obligación indemnizatoria pues no hay daño resarcible.

Ante la recepción de esta postura en sentencia de Corte de Casación francesa, Phillippe Stöffel-Munk al comentarla, destaca que al postularse esto, para que a alguien se le pague lo que se le adeuda debe acreditar que padeció por no haber cobrado. Mariño López partidario del *id quod interest* replica, “no se debe demostrar sufrimiento para ser pagado, sino los daños padecidos para ser indemnizado.”⁸⁷⁷

⁸⁷⁴GAMARRA, J., *Responsabilidad contractual*, T. I, FCU, Montevideo, 1996, p. 11-12 aunque utilizando la expresión ejecución forzada por equivalente, MARIÑO LÓPEZ, A., *Fundamentos de la responsabilidad contractual*, 2ª. edición, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2008, pp. 72, en Chile entre otros PIZARRO, C., “La responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía”, en *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, PIZARRO, C.- VIDAL, A. Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 299-308

⁸⁷⁵CAFFERA, G. *Responsabilidad Civil Contractual*, FCU, Montevideo, 2010, p.28-29

⁸⁷⁶GAMARRA, J., *Responsabilidad contractual*, T. I, FCU, Montevideo, 1996, p.27-28.

⁸⁷⁷Tercera Sala Civil, de 3 de diciembre de 2003, *Revue des contrats*, 2004-2-280, con nota de STÖFFEL-MUNCK, P. citado por PICASSO, S., *La singularidad de la responsabilidad contractual*, ... *op. cit.*, p. 132, nota al pie 274, *apud*. MARIÑO LÓPEZ, A. *Tratado.....op.cit.* p. 788, n. 17.

La prevención y el resarcimiento del daño se encuentra regulada por un conjunto de normas que puede convenirse en denominar “derecho de daños”, con dos subsistemas, “de prevención del daño” y “de responsabilidad civil” que involucran la prevención y el resarcimiento del daño, respectivamente.⁸⁷⁸

Verificada la existencia y validez del pacto parasocial, éste forma una regla que obliga a las partes como la ley misma. Así quien esté interesado en su cumplimiento, contará con todos los mecanismos previstos por el sistema jurídico para la defensa y protección de sus intereses. Que los pactos parasociales estén ligados funcionalmente a la sociedad a que se refieren y por tanto, le afecten indirectamente, no permite parapetar el incumplimiento o pretextar límites a fin de obtener las prestaciones debidas.

La no ejecución o ejecución defectuosa de la prestación por el deudor, genera una lesión en la esfera jurídica del acreedor, el sistema normativo prevé un conjunto de medidas, para la distribución del riesgo de insatisfacción del interés del acreedor por el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, lo que se realiza mediante un sistema articulado de remedios o medios de tutela. Todos ellos con una función reparatoria en sentido amplio de modo tal que con la designación “responsabilidad contractual” se alude al conjunto de todos esos remedios.⁸⁷⁹

En lo que interesa a este tipo contractual, algunos tienen por finalidad la obtención de la misma prestación debida, tal es el caso de la pretensión de cumplimiento específico y pretensión de reparación o sustitución de la prestación. Otro tiene por función específica la indemnización de los daños padecidos por el acreedor en forma autónoma – lo que en la teoría de la *perpetuatio obligationis* se denominaba ejecución por equivalente -o conjunta con otro remedio. Otros la pretensión de indemnización de daños moratorios, junto con el cumplimiento o reparación de la prestación, o la remoción de lo hecho contra derecho. Y otros comportan la pretensión

⁸⁷⁸MARIÑO LÓPEZ A., *Fundamentos op.cit.* p. 84.

⁸⁷⁹MORALES MORENO, A. M., "Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria", en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor- Navarra, 2006, pp. 55-57, *apud.* MARIÑO LÓPEZ, A. Tratado T. I *op.cit.* p.800.

de indemnización por daños en la resolución del contrato o salida del incumplidor del mismo.

De esta forma los remedios pueden tender al cumplimiento, a la indemnización de los daños, a la desvinculación con el incumplidor y en su caso a la reducción de la prestación a cargo de aquel a quien se le faltó.⁸⁸⁰ En las pretensiones de cumplimiento, la pretensión de desvinculación con el incumplidor y la pretensión de reducción de la prestación a cargo de los pactantes a los que se les faltó, solo se requiere el incumplimiento, aun cuando en este último caso, debe presentar determinadas características específicas.

Mediante la pretensión de cumplimiento, el acreedor satisface su interés con la ejecución coactiva específica, o de arreglo de lo mal ejecutado, sustitución, remoción o incluso reducción de la contraprestación y la pretensión de reducción del precio. En ese caso la prestación debida debe ser objetivamente posible y satisfacer el interés del acreedor.

También puede pretenderse la indemnización de los perjuicios, la pretensión de indemnización de daños moratorios y la pretensión de indemnización de daños compensatorios. La pretensión indemnizatoria autónoma – desde la *perpetuatio obligationis* identificada con la ejecución por equivalente- puede impetrarse cuando la prestación es posible pero no satisface el interés del acreedor o cuando ya no lo es. En ese caso para la tesis que admite la responsabilidad contractual como integrante del sistema de Derecho de daños, se indemnizan los daños compensatorios. La pretensión de indemnización se da en los supuestos que el incumplimiento produce un daño del cual es responsable el deudor, pero no es posible cuando no hay daños.

Aunque también la pretensión de indemnización de daños compensatorios se puede presentar, además de en forma autónoma, de manera conjunta con la pretensión de resolución del contrato o la pretensión de reducción de la contraprestación. La pretensión de indemnización de daños moratorios puede acompañar, a la de cumplimiento específico o la de reparación o sustitución, si se trata de un caso de incumplimiento por prestación inexacta o defectuosa. Se indemnizan los perjuicios causados al acreedor por la demora en el cumplimiento de la prestación.

⁸⁸⁰PANTALEÓN PRIETO, F. , “El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)”, *Anuario del Derecho Civil Español*, t. XLIV, Fascículo III, julio-setiembre de 1991, p. 1020-1021

La pretensión tendiente a poner fin al vínculo requiere de un incumplimiento con una determinada entidad, es un remedio por el cual el acreedor obtiene la satisfacción de su interés lesionado por el incumplimiento mediante la desvinculación respecto al incumplidor. Esta pretensión puede ir acompañada por la pretensión indemnizatoria de los daños compensatorios causados.

La pretensión de reducción de la contraprestación, puede ser concebible en los pactos parasociales que dicen relación con los derechos patrimoniales de los pactantes, donde el acreedor acepta el cumplimiento defectuoso o parcial y exige la reducción de la prestación a su cargo a prorrata de lo que él a su vez recibió.

Tratándose de un negocio conexo con un contrato de sociedad, cabe agregar los denominados remedios societarios, en particular para los pactos parasociales sobre la adopción de resoluciones en los órganos sociales, los de ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos sociales. Dichos remedios podrán acumularse con los contractuales, lo que, como se verá ha sido resistido por buena parte de la doctrina del civil law.

Se estudió en los Capítulos Sexto y Séptimo en los sistemas jurídicos español y argentino y luego, brasileño y uruguayo, respectivamente, la situación en que por imperio de la ley si se cumplen ciertos actos, los pactos parasociales, en ciertos casos devenían *eficaces ante la sociedad* y eran oponibles a terceros.

En este Capítulo analizaremos la situación en que no siendo eficaces ante la sociedad, no resultando obligada esta, se pretende la ejecución coactiva de la prestación a cargo del deudor; también la ejecución coactiva cuando por ser parte la sociedad o por haberse cumplido dichos requisitos el pacto es eficaz para aquella.

Esto comprende la ejecución coactiva específica, o de arreglo de lo mal ejecutado, la sustitución y la remoción de lo hecho contra Derecho. Se ha discutido largamente en la dogmática del civil law si los acreedores podrían acudir a estos remedios para los pactos parasociales. También se ha debatido sobre la posibilidad de solicitar medidas cautelares para asegurar su cumplimiento.

El incumplimiento del pacto parasocial, puede tener, además de las consecuencias propias del incumplimiento de cualquier contrato, impacto a nivel de la sociedad a la que el contrato accede.

No se comparte, lo sostenido por gran parte de la dogmática española en cuanto a que, la ejecución forzada específica del pacto parasocial no puede incidir en los negocios sociales, o que solo incidiría para el incumplimiento de pactos omnilaterales (Capítulo Cuarto, 4.1, h)

El incumplimiento de un pacto parasocial provoca además de los remedios antes referidos propios del Derecho civil para el incumplimiento de los contratos, las que correspondan respecto al funcionamiento de los órganos sociales y las decisiones que en ellos se adopten.⁸⁸¹

El incumplimiento puede ser temporal o definitivo. Acaecida la exigibilidad de la obligación no seguida de cumplimiento, si la prestación debida es pasible de ejecutarse y su ejecución satisface el interés del acreedor, el incumplimiento es temporal. Es la exigibilidad no seguida de cumplimiento.⁸⁸² En el incumplimiento temporal, el cumplimiento es posible y satisface el interés del acreedor, es en este sector que interesa la pretensión de cumplimiento específico éste puede ejercer remedios de incumplimiento: la pretensión de cumplimiento específico o, en caso de incumplimiento inexacto o defectuoso, las pretensiones de reparación o sustitución de la prestación, denominadas pretensiones de corrección. Si el cumplimiento aun siendo posible no satisface el interés del acreedor éste puede promover los restantes remedios. En este caso, fuera de los pactos parasociales unilaterales o bilaterales, no se trata de un acreedor –parte única o pluripersonal- sino de varias partes en un contrato plurilateral donde deberán fijarse los mecanismos para la adopción de esas decisiones.

Los remedios de cumplimiento solo operan en caso de incumplimiento temporal y a ellos pueden adicionarse los daños moratorios de forma conjunta con el cumplimiento. Si los acreedores promueven la exclusión del sindicado incumplidor,

⁸⁸¹ Esto no es admisible entre otros en España para la profesora de la Universidad de Barcelona Judith Morales Barceló, quien se apoya en la conexidad unilateral de los pactos para descartar la incidencia en las resoluciones sociales, y sus efectos meramente obligacionales para los otorgantes, MORALES BARCELÓ, J., “Pactos parasociales vs Estatutos sociales: eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción.” *RdS* n.42, 2014, p. 169-193, tampoco para MARTÍNEZ ROSADO, J. ob. cit. p. 138-139 o HIJAS CID, E., “Pactos parasociales: ¿pueden ser eficaces vía acción de impugnación de acuerdos sociales?, en *El notario del siglo XXI* ob. cit. p. 151

⁸⁸² CAFARO, E. y CARNELLI, S. *Eficacia contractual*, ob. cit. p. 178

significa que el cumplimiento coactivo tardío no satisface su interés, hay incumplimiento definitivo, y podrán reclamarse los daños compensatorios en tanto la ejecución ya no interesa al acreedor. Para los defensores de la *perpetuatio obligationis*, si al deudor no le interesa la ejecución forzada específica podrá promover la ejecución forzada por equivalente en este caso, en cambio para los unificadores de la responsabilidad civil esa será la pretensión indemnizatoria autónoma y requerirá que se hayan producido daños, tenderá a indemnizarlos. También podrá solicitarse la exclusión del syndicado y la indemnización de los daños. La necesidad de constituir al deudor en mora o no para que se produzca el incumplimiento temporal depende de cada orden jurídico. El acreedor puede, junto a la pretensión de cumplimiento específico, pedir la indemnización de daños moratorios. En los sistemas donde para ello se requiere mora, como el uruguayo, si no ha hecho caer en mora al deudor, la propia demanda que contiene la pretensión de cumplimiento específico hace caer en mora al deudor, pues se le requiere al deudor la ejecución de la prestación debida.

Si la prestación debida es imposible de ser ejecutada, ya no es posible satisfacer el interés del acreedor y el incumplimiento es definitivo. También es definitivo, si es posible pero ya no satisface el interés del acreedor, por razones de límites implícitos de su utilidad, o por las características de la prestación. Si la prestación es posible luego del incumplimiento, pero, pese a ello, por las propias características de la obligación debida o de la relación obligacional, ya no satisface el interés del acreedor, se ha producido el incumplimiento definitivo. En todas las situaciones en las cuales se produce la insatisfacción definitiva del interés del acreedor, pero la prestación debida todavía es posible de ejecutar, el deudor podría cumplir fuera de término y el acreedor aceptarlo.

La situación se define, cuando esa incertidumbre cesa pues el acreedor opta por uno de los remedios que el sistema jurídico le concede. Si los acreedores optan por la ejecución forzada por equivalente -pretensión de indemnización autónoma- o por la exclusión del incumplidor más los daños, hay incumplimiento definitivo, en tanto ya no les interesa la prestación originalmente comprometida. En cambio si opta por la

pretensión de cumplimiento específico, todavía le satisface la prestación debida y hay incumplimiento temporal.

Para los contratos bilaterales o sinalagmáticos este asunto se presenta de manera prístina, el carácter no satisfactivo del cumplimiento tardío, resulta del propio contrato o de la demanda resolutoria por incumplimiento. Para los autores que identifican la ejecución forzada por equivalente como tendiente a reparar un daño – pretensión indemnizatoria autónoma-, en ese caso en vez de solicitarse un equivalente de la prestación debida como una variante del cumplimiento, por el contrario esta ya no satisface el interés del acreedor, este último, en vez de optar por la extinción del contrato, decide pedir los daños padecidos y cumplir con la prestación a su cargo. Por ello para esta postura una vez promovidos estos remedios, el deudor ya no puede cumplir, sin que el acreedor lo admita y no cuenta con los mecanismos de liberación coactiva del deudor.⁸⁸³

9.2 Pretensión de cumplimiento

a) Introducción

Enseñaba el recordado jurista uruguayo Eduardo J. Couture que para los estudiosos del Derecho procesal, la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo.⁸⁸⁴ Sobre el concepto de acción, expresaba que no es más que un derecho de petición ante la autoridad. A través del proceso histórico de su formación, la caracterizó como un modo de sustituir, el ejercicio de los derechos por acto propio, mediante la tutela por acto de autoridad a requerimiento de parte interesada, forma parte del: poder jurídico de que se halla asistido todo individuo, de acudir ante la autoridad a solicitar lo que considera justo, en forma ilimitada y ante todas y cualesquiera autoridades incluido el poder judicial. Se ha ido perfeccionando su ejercicio ante los jueces, con leyes procesales y ritualismos precisos de forma que la legislación procesal reglamenta el derecho de petición.

Agregaba el autor que el tipo de órgano de autoridad, o las formas procesales impuestas con las finalidades de dar garantías, hacen que la acción civil

⁸⁸³MARIÑO LÓPEZ, A. Tratado T. I *op.cit.* p.800-801

⁸⁸⁴COUTURE, E. J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ed. Depalma, Bs.As, 1966, p. 63

ostente una serie de formas externas para formular la petición.⁸⁸⁵ Preciado este aspecto caracterizaba la pretensión indicando que es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva.⁸⁸⁶

Con pretensión de cumplimiento, o ejecución in natura, nos referimos a: i) las que en ausencia de un título que apareje ejecución, son impetradas en un proceso tendiente a la conformación de dicho título -sentencia de condena-, que luego lleva aparejada ejecución. Se deberá determinar en el mismo, si es posible de ser prohiada o no la pretensión. Así, una vez obtenida la sentencia, el deudor tendrá la posibilidad de cumplir voluntariamente; si no lo hace procede a la ejecución forzada específica. ii) a las que habilitan directamente la ejecución.⁸⁸⁷

Ante el incumplimiento, según la obligación consista en dar, hacer o no hacer, la pretensión de cumplimiento específico permite al acreedor satisfacer su interés de diferentes formas. En las de dar cosa cierta y determinada se produce dicha satisfacción por la obtención de la misma cosa debida. En las de dar cosa genérica, se produce al conseguir la misma cantidad de cosas de un género establecida en la obligación incumplida. En las de hacer o no hacer incumplidas, el interés del acreedor se satisface por la obtención de una situación “*materialmente equivalente a la que existiría si el deudor hubiera cumplido*”. En tanto, en el incumplimiento temporal el perjuicio causado al acreedor es el de no recibir la cosa debida en el momento acordado, los daños resarcibles serán únicamente aquellos que provienen de la dilación en el tiempo de la satisfacción del interés del acreedor.⁸⁸⁸

La ejecución forzada de la prestación determina que se verifique el cumplimiento de la obligación originaria que se había incumplido, sin embargo puede que en el decurso del proceso la ejecución de la prestación devenga imposible, en ese caso la sobrevenida imposibilidad de la prestación no afecta a la existencia de la

⁸⁸⁵COUTURE, E. J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. T. I, Ed. Ediar Bs. As., 1948., p. 39

⁸⁸⁶COUTURE, E. J. *Fundamentos...* op.cit. p. 72-73

⁸⁸⁷ La mención a ejecución forzada *específica* solo es de recibo si se admite como una forma de cumplimiento la ejecución forzada por equivalente –*perpetuatio obligationis*–, en cambio, si esta última se califica de pretensión indemnizatoria –*id quod interest*–, solo hay una ejecución forzada, así PANTALEÓN, F., “El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)”, *Anuario de Derecho Civil español*, 1991, 3, TXLIV, p. 1043.

⁸⁸⁸GAMARRA, J., *Responsabilidad contractual*, T. I, ob.cit p.40-44

obligación, sino, a su contenido. El objeto de la misma ya no podrá venir dado por la prestación originaria, sino por el resarcimiento sustantivo.⁸⁸⁹ En esa perspectiva sí se había solicitado la ejecución forzada de la prestación, la misma devino imposible material o jurídicamente. Si lo hizo por causa imputable al deudor este deberá —el equivalente pecuniario -aestimatio rei-. Si se sostiene la tesis del *id quod interest*, en cambio, se estarían en ese caso resarcido daños, si la cosa se destruye por causa extraña no imputable al deudor una vez que este está en mora de cumplir la obligación a su cargo los riesgos se invierten y deberá responder por la destrucción, debe hacerlo también, si la hace imposible por su propio accionar.⁸⁹⁰

En los sistemas español y uruguayo, no existen más allá de los supuestos de causa extraña no imputable —sea esta liberatoria, por haberse verificado antes de la mora o no liberatoria- o de destrucción de la cosa por el propio deudor con la consecuencia antedicha, otros límites al derecho potestativo a impetrar la pretensión de cumplimiento, más allá del abuso de derecho que existe para cualquier derecho subjetivo.

Como señala Pantaleón Prieto no corresponde trasvasar al derecho continental, las limitaciones del *common law*, en cuyos sistemas de regla no se reconoce al acreedor la *specific performance*, pues ello obedece a una concepción del contrato diversa.

En nuestros sistemas del *civil law* el contrato es una convención que se tipifica por ser fuente de obligaciones de dar, hacer o no hacer; en el derecho angloamericano, el contrato es fuente de “*de la obligación de pagar una cantidad de dinero como indemnización, si no se da, no se hace o se hace algo*”.⁸⁹¹

⁸⁸⁹ JORDANO FRAGA, F. *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 226,

⁸⁹⁰ Señala FELIU REY desde su visión de la “ejecución forzada por equivalente” citando a DOMINGUEZ LUELMO “Una vez obtenida la sentencia de condena o el título que lleve aparejada ejecución, es posible que la ejecución no se lleve conforme a los términos establecidos en el título (ejecución forzosa in natura) por ser de imposible ejecución en los propios términos de aquél, sustituyéndose por el equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación.... hay que diferenciar la imposibilidad antes de la ejecución y después de aquella, ya que los efectos son distintos. En el primer caso, puede suponer la liberación del deudor, ...pero una vez iniciada la ejecución, la imposibilidad no libera al deudor...” FELIU REY, *J.ob. cit.* p. 263.

⁸⁹¹ PANTALEÓN, F., “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *op.cit.* p. 1728 donde indica: “Por lo que respecta a la pretensión de cumplimiento: a) Procede seguir reconociendo esta pretensión al acreedor sin otros límites —junto a la imposibilidad física, jurídica o práctica (a la luz de la naturaleza y contenido del contrato; cfr. § 275 BGB-KE) de la prestación— que los generales al ejercicio de los derechos subjetivos (art. 7

Aun en sistemas como el español o el uruguayo que regulan el abuso de derecho en los arts. 7.2 y 1321, respectivamente, de sus códigos civiles decimonónicos, cabe analizar cómo opera el abuso de derecho como límite para solicitar la ejecución forzada.

A nivel de derecho comparado, los límites a la ejecución forzada, se han construido desde la doctrina con abordaje económico y jurídico, es usual a nivel internacional indicar que la pretensión específica no debiera prosperar si tiene un costo desproporcionado para el deudor, atendidas las circunstancias del contrato y el interés del acreedor. Este temperamento, se recoge en los Principios de Derecho contractual europeo y en los *Draft Common Frame of Reference* -DCFR- (artículo III.-3.302) que agregan a la imposibilidad material o jurídica y el carácter personalísimo, que la ejecución no sea "razonable", sea excesivamente onerosa. En lo que refiere a las obligaciones no dinerarias, el artículo 9.102 de esos principios europeos considera el esfuerzo o gasto no razonable y la operación de reemplazo alternativa más razonable. En el mismo sentido los Principios UNIDROIT, que agrega como límite que aparezca en forma razonable que se obtenga por el acreedor un resultado satisfactorio recurriendo a otro remedio. Desde esa perspectiva entonces, si la pretensión específica supone gastos desproporcionados o un esfuerzo desmesurado, el deudor podría optar por la indemnización de los perjuicios aun contra la voluntad del acreedor. No debe confundirse con la imprevisión, debe existir una justificación importante para afectar la elección del acreedor, debiendo conformarse con la entrega de esta suma en equivalente. Debe considerarse aquí la relación necesaria entre el derecho del acreedor a escoger el remedio que más se conforme a su interés, pero exigiéndosele racionalidad en la gestión de dichos remedios.⁸⁹²

C.C). y agrega el autor en cita: La solución del *common law* no concede al acreedor la *specific performance*, que solo procede, en principio de forma excepcional, como remedio *in equity* — no merece ser seguida entre nosotros: responde a una peculiar concepción del contrato, no como fuente de obligaciones de dar, hacer o no hacer, sino de la obligación de pagar una cantidad de dinero como indemnización, si no se da, no se hace o se hace algo.”

⁸⁹²Indica el autor chileno PIZZARRO: “En el DCFR se entrega como ejemplo la venta de un yate que mientras se dirigía para su entrega al domicilio del comprador sufre un accidente, lo que significa que si se rescatara del fondo del mar y se pagara conforme lo pactado sería extremadamente gravoso para el deudor, siendo que el comprador podría conformarse con la indemnización. En este caso debiéramos

En definitiva todos estos pretensos límites, se reconducen en estos sistemas al concepto de “abuso de derecho”, que permitirá evaluar en cada caso los límites a la pretensión de cumplimiento específico. Sin embargo, el juez no está habilitado en ninguno de ambos sistemas jurídicos considerados, a apartarse de lo solicitado por el accionante, por lo que el ejercicio abusivo del derecho se resume a la desestimación de la demanda.

Para la calificación de comportamiento abusivo debe descartarse la clásica mención a que, se sobrepasan manifiestamente los límites normales de ejercicio, esto es inútil, en tanto, debemos definir que comporta sobrepasar manifiestamente esos límites normales al ejercitar el derecho.

Para Atienza y Ruiz Manero, en la situación caracterizada como abuso de derecho, la clase de acciones que pueden ser calificadas de abusivas, son aquellas acciones que, prima facie, constituyen casos de ejercicio de un derecho subjetivo y que son, por tanto, acciones, asimismo prima facie, permitidas, pero finalmente resultan, en presencia de determinadas condiciones o circunstancias, prohibidas. La prohibición se origina en la restricción a la aplicabilidad de la regla que viene exigida por principios que determinan el alcance justificado de la regla misma. Aquí no estamos frente a razones perentorias para la acción del juez, sino que deben efectuarse ponderaciones, pues el legislador se limita a prohibir por abusivos ciertos comportamientos pero no describe, no especifica cuando una acción merece tal calificación, de allí que la ponderación se lleva a comportamientos extrasistémicos, y como resultado de esa ponderación en la que el juez debe buscar en una sociedad y tiempo determinados que es tolerable y que abusivo de esta forma se generará jurisprudencia, esto es cierta

aceptar la alternativa de indemnización. Conforme aparece, también, en los PECL. La satisfacción alternativa más barata no difiere en gran medida del límite económico bajo el estándar de lo razonable [Apartado d) del art. 9.102(2) PECL]. Se trata de dilucidar si se refiere solo a la operación de reemplazo o a otros remedios al incumplimiento. En el comentario al precepto se admite que pueda tratarse de otro remedio. Podría ser así la indemnización, siendo de cargo del deudor acreditar lo razonable de la sustitución” Como reseña PIZARRO, el límite nos lleva a la noción de minimización del daño, no pudiendo el acreedor ejercer un remedio que, de manera desproporcionada, signifique una situación extremadamente gravosa para el deudor, en circunstancias en que podría, en términos objetivos y abstractos, quedar satisfecho con otra solución alternativa o sustitutiva. El ejemplo que aparece en el DCFR ilustra esta idea. Si una compañía arrendó un inmueble a una empresa minera comprometiéndose esta a restaurar el terreno una vez expirado el contrato y, es cierto que la propietaria del terreno lo arrendó al ejército para realizar entrenamiento con tanques, la exigencia de satisfacer la obligación por vía del cumplimiento específico aparece como desproporcionada, siendo que no le generará utilidad alguna. En este caso parece más razonable atendido el interés plasmado en el contrato que se proceda a la indemnización de los gastos que significaría la restauración del terreno. PIZARRO WILSON, C.. “Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato”. *Revista de derecho (Coquimbo)*, ob.cit, p.214-217

tendencia o consenso en señalar que condiciones deben darse para que sea posible calificar un comportamiento como abuso de derecho.⁸⁹³

En el sistema argentino, se encuentra definido el abuso de derecho, en el art. 10 del C.C y Co. considera tal, “el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Sobre las consecuencias, descarga en el juez la posibilidad de “ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva” de forma tal que podrá adoptar dichas medidas; para ello deberá considerar los fines del ordenamiento. Quien invoque, en este caso del deudor, el ejercicio abusivo de un derecho no está obligado a probar una determinada intención en el sujeto activo de la conducta que le afecta; le basta con demostrar la inequidad de los efectos de ella.⁸⁹⁴

En Brasil el Código de Proceso Civil, ley 13105/2015, en su art. 499, establece que la obligación solamente será convertida en pérdidas y daños, si el autor lo requiere o si es imposible la tutela específica o la obtención de tutela por el resultado práctico equivalente. En dicho sistema, debe tenerse en cuenta, el peso específico de la buena fe objetiva, la función social del contrato y la solidaridad en el derecho civil, que intervienen de forma mucho más severa, que en el sistema español y en el uruguayo sin dudas, e incluso que en el argentino. Sin embargo, en el Brasil recién con el dictado del C.C de 2002, se recogió a nivel de derecho positivo el concepto de abuso de derecho en el art. 187, calificándolo como un supuesto de acto ilícito lo configura indicando que incurre en él, quien en su ejercicio, excede manifiestamente los límites impuestos por, el fin económico o social, la buena fe, o las buenas costumbres. Los supuestos de ejecución forzada específica asaz onerosos, ingresan sin dificultad en dicho sistema jurídico en un caso de abuso de derecho. Ma. Helena Diniz precisa que actúa de forma abusiva aquel que sin que haya ningún beneficio propio o utilidad relevante, utiliza su

⁸⁹³ Sobre este asunto, puede consultarse ATIENZA, M., -RUIZ MANERO, J., *Ilícitos atípicos*, Ed.Trotta, Madrid, 2000, p.39-42, para una valoración crítica de lo sostenido por estos autores PINAGLIA-VILLANLÓN Y GAVIRIA, J.I, “Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del Código civil español” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, 2016, fasc. III, p.942-947; sobre el razonamiento por principios, ATIENZA M. – RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, p. 13-15

⁸⁹⁴CARAMELO, G., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* / CARAMELO, G.- PICASSO, S.- HERRERA, M. t. I, 1ª ed., Ed. Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p.38

derecho para perjudicar a otro de forma ostensible e indubitable, así para esta jurista, el daño causado a alguien no es lícito cuando se utiliza el derecho en forma abusiva. Para esta autora y en el sistema brasileño configurado en la forma en que se ha destacado a la largo de esta obra, el acto abusivo es una conducta aparentemente lícita, pero desconforme a la finalidad socioeconómica pretendida por la norma, al prescribir una situación de derecho, o al principio de buena fe objetiva. Y agrega la profesora en cita, que lo que se configura en el art. 187 del C.C brasileño es una limitación al ejercicio de ese derecho y no una forma de acto ilícito, cuando alude el enunciado normativo a acto ilícito la norma que debe extraerse es la de una referencia a una ilicitud lato sensu, en el sentido de contrariar al Derecho como un todo, la etiología del acto ilícito y del acto abusivo son diversas, concluye.⁸⁹⁵

La posibilidad de obtener el cumplimiento específico de un pacto parasocial, como se señaló, se ha debatido en el *civil law*, en los casos en que el pacto parasocial no resulta eficaz para la sociedad, pues en los sistemas que como el brasileño o el uruguayo admiten para ciertos tipos sociales y ciertas materias la eficacia si se cumplieron los ritualismos necesarios, el tema objeto de debate no se presenta.

A su vez en los sistemas donde esto no está previsto o para los casos en que no se ha obtenido la eficacia respecto a la sociedad en los sistemas donde sí lo está, la situación de discordia, tampoco se presenta para los pactos de contenido patrimonial, los que no refieren a actuación de los socios en los órganos sociales.

Así respecto a estos, queda fuera de discusión, la pretensión de cumplimiento de una obligación de dar, sea cosa fungible o no fungible, aunque en Brasil, se ha sostenido que las obligaciones la obligación de entregar cosa cierta cuando se trate de acciones, no es pasible de ser ejecutada pues en el derecho brasileño solo se admiten las acciones nominativas o escriturales (infra lit.c). También no merece mayores reparos, la de una obligación de no hacer para la que está prevista la posibilidad de remoción, condenándose al deudor a que de ser posible deshaga lo que no debía hacer e indemnice los daños y perjuicios causados y se abstenga de reiterar el quebramiento, pudiéndosele por ejemplo en el sistema español, imponer multas por cada mes de retraso en el cumplimiento, y con la posibilidad de incurrir en desacato, por desobediencia a la autoridad judicial (gt. arts. 1.098 II y 1.101 CC y 710 LEC español).

⁸⁹⁵DINIZ, MA.H., *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op.cit, p.611-614

En caso de incumplimiento de la obligación de hacer si se trata de un hacer fungible, lo ejecutará un tercero a expensas del deudor, si se trata de un hacer infungible el deudor no puede ser compelido a ejecutarlo pero podrá recibir una respuesta coactiva desfavorable en los sistemas donde como en el español esto está previsto (vg. multas por cada mes de retraso art. 709 LEC de España).⁸⁹⁶

b) Expresiones de voluntad en los órganos sociales en convenios que no tienen eficacia respecto a la sociedad⁸⁹⁷

La polémica se ha suscitado para los convenios referidos a comportamientos exigibles en los órganos sociales y al impacto que tiene su incumplimiento en la sociedad, si es que alguno tiene. Respecto al contenido de este tipo de cláusulas que imponen ciertos comportamientos en los órganos sociales cabe remitirse en cuanto a su validez a lo expuesto en el Capítulo Quinto (5.1,b.1,iii).

Esto alcanza dos variantes, una de más remota producción en caso de adoptarse las prácticas tendientes a evitar que el incumplimiento se produzca; la consistente en que el socio vote algo contrario a lo que debía según surge del pacto parasocial directamente o por así haberlo resuelto el sindicato, en la asamblea –junta-.

En el Capítulo Octavo hemos analizado alternativas para evitar que esto ocurra, también en sede de objeto se estudiaron normas tendientes a asegurar la consecución del resultado, el que en caso de no verificarse puede comportar significativos daños.

Otra situación dice relación con los pactos para el órgano de administración y con las cláusulas que establecen quórum y mayorías especiales para la adopción de ciertas decisiones de trascendentes, o exigen el asentimiento de alguno de los socios para resolver ciertas materias, o su previa opinión conforme a lo que se pretende resolver o buscan privar al órgano de administración de ciertas facultades debiendo

⁸⁹⁶MARTÍNEZ ROSADO, *J ob. cit.* p. 131,

⁸⁹⁷ Para la distinción entre eficacia y oponibilidad, Capítulo séptimo, al referimos al Derecho Uruguayo y Brasileño,

convocarse a la asamblea por este órgano para decidir las, si bien esto no es preceptivo conforme surge de la ley o del contrato social (vg. inversiones importantes, ventas de activos, decisiones estratégicas de larga duración).

Lo que analizaremos en este apartado refiere si es posible solicitar la ejecución forzada en el supuesto en que el socio, o director, incumple la obligación de votar en determinado sentido, o si no alcanzándose el quórum estipulado, o la mayoría especial en un relevamiento primario de voluntades vota igualmente de forma tal que invocando las normas legales o contractuales pueda darse por aprobada la resolución – acuerdo-.

Veremos que es posible hacerlo, en el sistema brasileño de modo prístino, a nuestro juicio y con muchas dificultades en los restantes sistemas, lo que puede tornarineficiente esta alternativa.⁸⁹⁸

En Alemania hace más de medio siglo que este debate no se presenta, la sentencia del BGH de 29 de mayo de 1967 reconoció la posibilidad de ejecución forzada específica del convenio de voto con impacto en la sociedad.⁸⁹⁹

Fue justamente el Derecho alemán al que miró el legislador brasileño de 1976, pues fue Alemania pionera en la aceptación judicial de la ejecución específica de estos contratos con generación de efectos consecuenciales para la compañía. El autor lusitano Menezes Cordeiro releva esto, señalando que a su juicio no es admisible en Derecho portugués, funda el aserto en que el voto tiene efectos societarios y no meramente obligacionales, admitir una acción de cumplimiento sería conferir al acuerdo parasocial una eficacia supra partes, y concluye “*o Direito alemão admite- o; o Direito português não*”.⁹⁰⁰

Para descartar la posibilidad de ejecución en natura de las obligaciones de expresar la voluntad, se esgrimieron los mismos argumentos que para negar la posibilidad de acordar sobre el voto (supra Capítulos Primero y Quinto).

Luego habiendo consenso en la dogmática del *civil law* respecto a la admisibilidad, los reparos, para excluir la ejecución forzada específica, fincaron en la

⁸⁹⁸ Opina que la ejecución forzada no es posible, FELIU REY, *J.ob.cit.* p. 304-307, también presenta severos reparos, MARTÍNEZ ROSADO, *J ob. cit.* p 131-141

⁸⁹⁹, CONTI CRAVIERO, *M.ob.cit* p.62

⁹⁰⁰MENEZES CORDEIRO, A., “Acordos parassociais”, en *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2001, nro. II, p. 533 - p. 539, apud. CONTI CRAVIERO, M., *op.cit.* p. 63, nota 147

relatividad de los contratos, que no podían afectar a terceros, entre ellos la propia sociedad, siempre para esta línea argumental, además resultaba inaceptable que la sociedad fuera parte del pacto.

Esto también se relacionó con la calificación jurídica de la resolución, que si bien era calificada fundamentalmente por la dogmática española de “acuerdo” era identificado con un acto complejo, diverso de la suma de voluntades individuales que lo conformaban – acto colectivo- y por tanto, desde allí se infería con una visión orgánico formal que si el órgano era competente y el procedimiento el adecuado, surgía una impenetrable voluntad única de la sociedad, sociedad a la que le era indiferente lo pactado por los socios fuera del ámbito de funcionamiento del órgano.⁹⁰¹

En este mismo sentido en la Argentina el Prof. Rovira, destaca la “debilidad” de los convenios sobre el ejercicio del derecho de voto, “*con el fin de dotarlos de mayor eficacia*” agrega este jurista, que la doctrina ha procurado diversas formas de instrumentarlos de modo de dificultar lo más posible su incumplimiento dándoles así el mayor impacto, pues “contra la violación de lo pactado solo cabe la acción para obtener el resarcimiento del daño”.⁹⁰²

En oportunidad de formular nuestra tesis de maestría -año 2003-, postulamos siguiendo a Paz Ares, que era admisible en el derecho uruguayo la ejecución forzada, la conclusión resulta extensible a los otros tres órdenes jurídicos a los que incumbe el presente, más allá de lo ineficiente que puede resultar el procedimiento.⁹⁰³

Entonces señalábamos que la ejecución específica no atenta contra la libertad de voto, cabe remitirse a los fundamentos expuestos por la doctrina que admite, la posibilidad de celebrar convenios de sindicación, para el voto. Como se vio, en sede de objeto, los sujetos tienen la posibilidad de regular dicho derecho, por su interacción. O se admite que es disponible el derecho de voto o que no lo es; admitir

⁹⁰¹ MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, J. M., “Los pactos parasociales”, *op.cit.* p. 215-216

⁹⁰² ROVIRA, A. *Pactos de Socios*, Ed. Astrea, Bs. As., 2006, p.224

⁹⁰³ AMORÍN, M. “Convenios de Sindicación en las Sociedades Comerciales”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año 3, nro. 6, 2004, p.200-206, disponible en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/10/DERECHO-6.pdf>, en el mismo sentido se pronunció luego MILLER, A., *Sociedades Anónimas-Sindicación de Acciones*, Ed. Amalio Fernández, 2009, p. 299 y p. 333;

el surgimiento de obligaciones respecto al ejercicio del voto, y luego en sede de ejecución forzada argüir que no es disponible se revela inconsecuente y comporta en definitiva, excluir sin norma que lo habilite, esa posibilidad para el acreedor.

Se ha expresado además por quienes cuestionan la posibilidad de solicitar la ejecución forzada de esta obligación, que el voto es un hacer infungible, personalísimo, y que por tanto solo admite la reparación de los daños y perjuicios generados por el incumplimiento.⁹⁰⁴

Esto no es de recibo, como se viera, legalmente no se secunda tal temperamento, los sindicatos para el voto, se encuentran admitidos hoy de forma pacífica y se han regulado expresamente en el derecho uruguayo y brasileño, y de otra forma en el argentino y español (supra Capítulos Sexto y Séptimo). Respecto a los tipos sociales en los que no hay norma expresa, no se ha sostenido que no sea posible el voto por mandatario con representación, cuyo mandato respecto al contenido del sufragio, será necesariamente previo a la votación. Por otra parte, el derecho de voto, es un derecho subjetivo y no está el socio cuando vota ejerciendo una función, sino que lo hace en su interés, con ciertas limitaciones. Asimismo, la ejecución forzosa, no refiere a una conducta que deba desplegar la sociedad a través de sus órganos, ni tampoco la misma es la interesada en el cumplimiento de la prestación. Los acreedores, son los restantes sindicatos perjudicados, la sociedad, es un tercero, al que no afecta la cosa juzgada. Adicionalmente, en lo referido a los aspectos procesales, si algún interés de la sociedad o de los restantes socios se viera afectado, cualquiera de estos terceros puede ingresar al proceso, en el marco de las normas procesales que admiten la participación de terceros interesados en el litigio.

Esto, más allá de lo ineficiente que resulta dicha alternativa.

De allí que, sea porque no se entiende de recibo la ejecución, sea porque se estima de recibo pero se la reputa un mecanismo que por la dilación no satisface el interés de los acreedores, se hayan buscado inúmeros mecanismos para asegurar el cumplimiento (Supra Capítulos Quinto y Octavo).

⁹⁰⁴TORINO, R., *I contratti parasociali*, Giuffrè Ed., Milano, 2001, p. 364 y ss.; aunque fundándose en el artículo 1932 del Código Civil italiano, que solo admite la ejecución forzada específica de los contratos preliminares. Debe distinguirse coercibilidad del hacer de fungibilidad, el hacer puede ser incoercible si alguien no quiere votar en un sentido no se lo puede forzar, si se lo fuerza además la voluntad está viciada o no existe dependiendo de lo regulado en cada orden jurídico al respecto, pero puede ser fungible, según se verá *apud*. PAZ ARES, C. “El enforcement.” *op. cit.*, p. 23-24.

La doctrina opuesta a la admisión de la ejecución forzada, ha señalado que caracteriza a estos sindicatos de voto, su eficacia limitada, puramente obligacional, lo que es cierto, pero irrelevante a estos efectos.

Luego ha agregado que solo son eficaces entre las partes, y que no producen efectos respecto a la sociedad -si esta no es parte del pacto lo que no es admitido por cierta doctrina- ni tampoco a los socios que no son parte. Esto es cierto, salvo en los casos en que el pacto sí es eficaz para la sociedad que se analizarán en el literal c). De allí se infiere por esta doctrina, que es válido el voto emitido por un accionista a despecho del pacto, de esta forma se conculca la posibilidad de solicitar la ejecución forzada de la obligación y se coloca un coto a la incidencia de ese hecho ilícito, en el ámbito en que se expresó.

Feliu Rey citando jurisprudencia española en ese sentido postula que el voto emitido por el socio a contrario de lo que debía votar según dispuso el sindicato que integra es “plenamente legítimo y eficaz en el ámbito social con independencia de los efectos que genere en el ámbito parasocial del sindicato de voto”.⁹⁰⁵

Ya Aránzazu Pérez Moriones, a quien el Feliu Rey cita, había mencionado que estos convenios de sindicación, donde los otorgantes se obligan a votar en determinado sentido eran vistos como “pactos de caballeros”, pues se asumía que carecían de mecanismos para obtener la prestación.

Sin embargo, lo que surge de dichas convenciones son obligaciones, por ello son contratos, pues aun para quienes no admiten la ejecución forzada, en caso de no desarrollarse la conducta debida, se sigue una respuesta coactiva desfavorable del ordenamiento.

Lo que se ha sido cuestionado en el *civil law*, es la posibilidad de ejecución forzada, en este sentido en todo el derecho angloamericano, ante el incumplimiento la regla es la posibilidad de solicitar daños y perjuicios, salvo situaciones específicas las

⁹⁰⁵FELIU REY, *J.op.cit.* p. 306, refiriendo a las sentencias de las SAP de Asturias de 30 de diciembre de 2009 [JUR 2010/75105], de Barcelona de 15 de diciembre de 1999, de Valencia de 15 de julio de 2009 [JUR 2009/438981].).

que justamente se dan en algunos de estos pactos en esos sistemas jurídicos (supra Capítulo Primero).⁹⁰⁶

Un primer argumento, de los sostenedores de la imposibilidad de ejecución forzada, sitúa expresar la voluntad, como un comportamiento infungible, que se resume siempre a remedios indemnizatorios, el asunto se ha debatido in extenso en materia de otorgamiento de contratos para los contratos preliminares, sin embargo se indica que la sociedad no es parte de dicho contrato, sino un tercero ajeno al mismo, agregándose que no hay incumplimiento en el ámbito de la estructura de normas que genera la sociedad, y en esa misma línea de ajenidad, la resolución tampoco podrá impugnarse, de forma que no existe la posibilidad de ejecución forzada de la obligación consistente en votar en determinado sentido, de ahí que el asunto se resume en acreditar el daño y conectarlo con el voto diverso como evento dañante, lo que a su vez genera otra problemática la que se plantea siempre que se pretende convocar la responsabilidad en un órgano colegiado. Torino, en la doctrina italiana, ha rechazado la ejecución in natura recurriendo a estos fundamentos. En esa línea de razonamiento se privaría al interesado en el cumplimiento, de la opción, de uno de los remedios. Para los sostenedores de dicha postura la ejecución puede solicitarse cuando ello es posible y en este caso, no lo es, es en mérito a lo expuesto.⁹⁰⁷

Sobre la supuesta infungibilidad del hacer consistente en una expresión de voluntad, señalaba el Prof. Gamarra en 1959, que el querer en sí mismo no tiene nada de infungible, si Juan no quiere decir lo que debe decir Pedro puede hacerlo por él, ya el instituto de la representación permite la fungibilidad de la expresión de la voluntad. En la infungibilidad pesan las condiciones personales insustituibles del deudor, así, decía entonces el tratadista oriental “si Picasso se obliga a pintar un cuadro y luego no quiere hacerlo”, “un Picasso solo Picasso lo puede hacer”, una voluntad exteriorizada por el representante en cambio vale como si fuera expresada por el representado, que es eso se preguntaba, sino fungibilidad. A esto podía replicarse, cómo si no quiere el representado puede querer por él el representante. Ante ello, se preguntaba Gamarra, esa voluntad del incumplidor debe ser tomada en consideración, e inquiría “¿Tiene algún peso

⁹⁰⁶PÉREZ MORIONES, A., “Los sindicatos de voto para la junta general de la Sociedad Anónima” *op. cit.*, p. 432

⁹⁰⁷TORINO, R., *I contratti parasociali*, *op.cit.* p. 363 y ss.; *apud*.PAZ ARES, C. “El enforcement..” *op. cit.*, p. 23.

jurídico la voluntad del que se resiste a cumplir con sus compromisos?”⁹⁰⁸ En similar sentido, Pérez Moriones, manifestaba que votar como lo define la agrupación de socios o sindicato que se integra constituye una prestación fungible pues para este objeto, el voto, no se consideran las específicas características personales del deudor, sino única y exclusivamente el hecho de que se trata de un socio o accionista de una sociedad.⁹⁰⁹

No debe confundirse la incoercibilidad física con la sustituibilidad jurídica; de modo que es posible la ejecución *in natura* de las obligaciones que tienen por objeto una declaración de la voluntad instando al obligado a emitirla y, en caso de que se niegue a hacerlo, sustituyendo coactivamente su voluntad por la propia resolución judicial, históricamente reconocido por la jurisprudencia aún sin texto expreso y recogido contemporáneamente en España en el art. 708 LEC.⁹¹⁰

También para cuestionar la admisibilidad de la ejecución forzada de la obligación de votar en cierto sentido, se ha señalado que en un proceso donde uno o más sindicatos demandan la ejecución forzada de lo que debió votar el otro, la sociedad no es parte y la cosa juzgada se extendería indebidamente a la sociedad, que no es parte del pacto – entendemos que puede serlo – así, se agrega, si el juez sustituye la voluntad del sindicato deudor, que estaba obligado por ejemplo a no aprobar los estados contables y los aprobó, esa declaración es una expresión de voluntad recepticia dirigida a la sociedad. Sin embargo, el voto es una manifestación intencional de voluntad no recepticia secundada por el ordenamiento jurídico, que conforma un acto colectivo o un acto complejo, según la posición que tenga al respecto. (Capítulo Tercero, 3.3 a).⁹¹¹ Pero el magistrado no controla si es procedente que ese socio vote en cierto

⁹⁰⁸GAMARRA, J. Tratado..... *op.cit.* T. III, v.1, p.99-100

⁹⁰⁹PÉREZ MORIONES, A., “Los sindicatos de voto para la junta general de la Sociedad Anónima” *op. cit.*, p. 473-474

⁹¹⁰MARTÍNEZ ROSADO, J., *op. cit.* p. 138

⁹¹¹CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 4 – *Los órganos societarios*, *op. cit.*, pp. 98-123 y *Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los Socios...* *op.cit.* p.408, este jurista argentino califica de acto jurídico al voto que es parte de ese acto colectivo o complejo, a su vez el voto puede constituir una declaración de voluntad o una declaración de voluntad que refiere a una declaración de verdad, por ejemplo cuando el votante se expide respecto a los Estados Contables, afirma que en ellos están reflejados razonablemente el estado de situación patrimonial, de resultados, de flujos de fondos, en cambio cuando decide sobre si es más conveniente distribuir o capitalizar utilidades o excedentes emite una declaración de voluntad, las resoluciones que contienen declaraciones de verdad son atacables si lo expresado no es cierto. Cf. ALBORCH BATALLER. C., *El Derecho de voto ... ob. cit.* p.

sentido, o si colide por ejemplo, el voto que emite con el “interés social”, limitándose a verificar que el supuesto de hecho se haya producido, así por ejemplo el socio debía votar “negativo a aprobar la memoria” conforme resolvió el sindicato que integra y votó “afirmativo” incumpliendo.⁹¹²

Sin embargo, verificada la existencia y validez del pacto, éste forma una regla que obliga a las partes como la ley misma. Así quien esté interesado en su cumplimiento, contará con todos los mecanismos previstos por el sistema jurídico para la defensa y protección de sus intereses. Que los pactos parasociales estén ligados funcionalmente a la sociedad a que se refieren y por tanto, le afecten indirectamente, no permite parapetar el incumplimiento o pretextar límites a fin de obtener las prestaciones debidas. Ante la afirmación consistente en que, de dictarse una sentencia que dispusiera la ejecución en natura, la misma extendería indebidamente los efectos de la cosa juzgada pues alcanzaría a la sociedad y a los restantes socios; cabe replicar que la ejecución forzosa, no refiere a una conducta que deba desplegar la sociedad a través de sus órganos, ni tampoco la misma es la interesada en el cumplimiento de la prestación.

Los acreedores, son los restantes sindicados perjudicados, la sociedad, en este litigio, es un tercero, al que no afecta la cosa juzgada. También en línea negativa a la ejecución in natura podría sostenerse, que disponer por el magistrado que el contenido del voto que se impetra se efectivice, puede contravenir otras normas legales, o ingresadas al sistema por el contrato o estatuto social, al respecto, cabe señalar que el juez, debe efectuar un contralor del derecho aplicable antes de fallar, por lo que tal argumento tampoco es de recibo. Sin embargo, en lo referido a los aspectos procesales, si algún interés de la sociedad o de los restantes socios se viera afectado, cualquiera de estos terceros puede ingresar al proceso, en el marco de las normas procesales que admiten la participación de terceros interesados en el litigio.

Pero por otro lado, el juez “iura novit curia” deberá contrastar la adecuación a Derecho de lo que se le impetra, a todo el Derecho que incumbe a la situación jurídica, considerando que la misma se soporta en un contrato accesorio, deberá tener presente lo edictado en el principal, en la ley de sociedades, en el código civil, en definitiva en el

107. Es opinable si el voto es un acto o un negocio jurídico, para sostener lo primero cabe indicar que solo puede asentirse o no, sin embargo para sostener que se trata de un negocio jurídico puede invocarse que el sujeto participa en la regulación que se pretende asignar, a esa perspectiva puede replicarse que el negocio jurídico es el acto complejo y los votos son actos que se integran a este, me parece preferible actualmente esta segunda opinión.

⁹¹²MARTÍNEZ ROSADO, J., *op. cit.*, p. 137

sistema jurídico de referencia. Además el magistrado, se limita a proferir la voluntad del incumplidor, los efectos del voto así emitido, se sitúan en una etapa posterior, es un voto más, el que surge de la sentencia, sometido a las mismas normas que los restantes, por lo que, si ese voto terminara incidiendo de manera de arribarse a una decisión cuestionable, por razones de legalidad o por repugnar al “interés social”, la decisión del órgano deberá impugnarse por las vías previstas para ello. El incumplidor en el proceso a promoverse ante su incumplimiento, podrá invocar las causas de justificación que entienda necesarias para enervar su responsabilidad, así cuando el sindicato haya decidido votar contrariando normas imperativas, o en forma contraria a la moral o a las buenas costumbres, o de forma contraria al estatuto o contrato social, existe una causa de justificación por parte del incumplidor. También se ha planteado, que podría invocar como causa de justificación el interés social, sin embargo, esta justificación no nos parece aceptable si el sindicato es omnilateral (Capítulo cuarto 4.1, h).

A nivel de derecho positivo, en Brasil, el art. 501 del Código de Proceso Civil, establece que en la acción que tenga por objeto la emisión de la declaración de voluntad la sentencia que juzgue procedente el pedido una vez notificada “*produzirá todos os efeitos da declaração não emitida*”, en este último país no cabe duda que es perfectamente admisible la sustitución de la voluntad del deudor sin necesidad de condena previa a que la emita. En Argentina, en cambio, falta una norma legal que prevea la ejecución de una obligación consistente en emitir una declaración de voluntad o de verdad con carácter general, la situación se reconduce a la de las obligaciones de hacer y se mantiene entonces enhiesto el debate al respecto (art. 513 Código Civil y Comercial Procesal de la Nación), similar situación se verifica en Uruguay, donde la ejecución de las obligaciones de hacer o no hacer, se encuentra regulada en los arts. 398 y 399 del Código General del Proceso, respecto a las obligaciones de hacer, se encuentra prevista la posibilidad de fijar conminaciones económicas pero sin embargo, no se ha regulado más que para ciertas situaciones vinculadas con algunos contratos, la sustitución de la voluntad.

En España cabe remitirse a lo dispuesto en el art. 708 LEC, sin embargo, aun en los países donde existe legislación al respecto, se han planteado

cuestionamientos a esta posibilidad de ejecución de la voluntad, para el caso de los pactos parasociales. Así en España parte de la doctrina se ha preguntado, si la ejecución ex art. 708 del convenio de voto en el sentido indicado, en definitiva no comporta una privación para el ejecutado del derecho de participar de la asamblea –junta- y votar al que no ha renunciado frente a la sociedad. En ese sentido, se indica que el ese artículo habilita que la justicia condene al ejecutado, en el caso el sindicado incumplidor, a emitir una declaración de voluntad pero, se agrega, eso no resuelve frente a quien debe emitirla. Y en esa línea de razonamiento se expresa que lo que no emerge del enunciado del art. 708 es si dicha sentencia condenatoria puede hacerse valer en una esfera distinta de la de los obligados por el pacto parasocial, y esa supuesta esfera sería la de la sociedad.⁹¹³

En esta visión, se parte de que el accionista o el socio, en el marco del estado de socio, tiene que desarrollar ciertas conductas o tiene ciertos derechos que no puede regular a través de una convención productora de obligaciones, contrato, lo que en definitiva había sido superado cuando se admitió la posibilidad de celebrar contratos que regularan el derecho de voto. En efecto, se supone que el socio es acreedor respecto de la sociedad, que es titular de una serie de situaciones jurídicas subjetivas activas, que consisten en la posibilidad de actuar en ciertos órganos sociales. Sin embargo, eso no se ve afectado por el convenio, el socio no renuncia a esa posibilidad; el socio tiene la posibilidad de actuar en los órganos sociales, solo se regla cómo *debe* hacerlo, si no actúa como *debe*, su comportamiento ingresa en el supuesto de hecho de una norma primaria, incumple una obligación.

El ámbito en que debe desplegarse la conducta, debida al acreedor, es en este sentido, indiferente.

⁹¹³Argumentos de MARTÍNEZ ROSADO, J. *ob. cit.* p. 138-139 quien expresa, p.139: “*La respuesta, en nuestra opinión, no está claro que deba ser positiva, si bien este es un tema que requiere un estudio específico*”, el profesor de la Universidad Complutense se ubica en este segmento, al influjo de los argumentos de MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, con base en las reglas propias del tipo social, a las que se encuentran sometidos el propio acreedor al que se le faltó, y los demás socios o accionistas, agregando que este aserto, aplica a los denominados pactos omnilaterales, pues el pacto no es un acuerdo social – resolución de órgano de la sociedad o expresión de modificación del contrato social de todos los socios- pues los requisitos para la adopción de las resoluciones –acuerdos- no obedecen a intereses exclusivos de los socios sino que conforman la estructura normativa de la sociedad a la que la ley confiere personalidad jurídica, y en su caso, la limitación de responsabilidad, lo que lleva el asunto para este autor a razones de interés de carácter general, que hacen que no se pueda prescindir de dichas formalidades. MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, J. M., “Los pactos parasociales”, *op.cit.* p. 215

El socio debe expresar la voluntad en la forma acordada y si no lo hace incumple, su acreedor no es la sociedad, la sociedad es el ámbito en que debe desplegarse la conducta, con esto referimos a que un comportamiento – asistir a la asamblea, votar en cierto sentido- se encuentra reglado. Este asunto no se relaciona ni con el tipo social, ni con los otros socios, ni con la estructura normativa que las personas físicas han creado –tipo social o estructuras superiores-, los destinatarios de las normas jurídicas son siempre seres humanos.

Parece subyacer en este asunto, en las posiciones refractarias a la ejecución forzada, la visión institucionalista de la sociedad.

En otro orden de argumentos, podría indicarse que en el caso de convenios para el voto el remedio de ejecución no es de recibo, pues el incumplimiento es definitivo, y por tanto la ejecución forzada que satisface el interés del acreedor no es aceptable en tanto está prevista solo para el caso de incumplimiento temporal, esto es cuando es posible aún satisfacer el interés del acreedor.

La ejecución forzada no procede en las obligaciones con plazo esencial o de cumplimiento puntual, porque cumplir en el tiempo pactado forma parte del contenido de la obligación, de modo que el acreedor solo satisface su interés si la obligación se cumple en la fecha estipulada.

Como el cumplimiento en esa fecha integra el contenido de la obligación, la no ejecución produce el incumplimiento definitivo.⁹¹⁴En esa lectura, se entiende imposible la condena a expresar el voto en cierto sentido pues, quien debía entregar el vestido de novia debía hacerlo el día de la boda, quien debía votar debía hacerlo el día de la asamblea –junta- que, por definición, si hubo incumplimiento, ya se ha celebrado.

Desde esta perspectiva se plantea, por algún autor sin calificar la situación como de incumplimiento definitivo, la imposibilidad de cumplir con una prestación que debía ejecutarse un determinado día en un determinado acto, votar en la junta. Y en ese sentido se descarta por gran parte de la doctrina española y la argentina,

⁹¹⁴MARIÑO LÓPEZ, A. *Tratado ... op.cit.* p.793-794; CARNELLI, S., “Función y ubicación de la mora del deudor”, *ADCU*, T. XXIII, Montevideo 1994, p. 482; DE CORES, C. – GAMARRA, R. – VENTURINI, B., “*Tratado Jurisprudencial...*” *op.cit.* p. 12.

que se pueda remover luego lo hecho contra Derecho y se convoque nuevamente a una asamblea, para que pueda cumplirse con el pacto, se califica esto de ilegal en tanto, la junta celebrada, siempre que cumpla con los requisitos legales y estatutarios, es válida, y todos los socios quedan sometidos a los acuerdos adoptados en ella. El iusprivatista argentino Rovira lo sentencia de forma categórica, la regla general es que estos pactos carecen de idoneidad y no puede ser su finalidad la causa y el objeto modificar la disciplina legal en cuanto al funcionamiento del sujeto societario al que refieren, agregando que por tanto si el voto de alguno de los sindicatos fuera contrario a lo pactado, para este autor ello no puede ser base para la impugnación del voto del socio incumplidor del convenio dado que tales pactos son *res inter alios* acta.⁹¹⁵ Desde esta postura la situación se relaciona de seguido con el análisis de la validez o invalidez de la reunión de la asamblea o de lo resuelto por la misma, solo debe tomarse en cuenta si la reunión fue convocada y se ha instalado de modo ajustado a lo debido. Respecto a lo resuelto, se señala que en su caso debe evaluarse el impacto del apartamiento de lo debido en la validez de lo resuelto. Con esta forma de razonar se avanza hacia el análisis de si es posible impugnar la resolución social con base en el apartamiento del pacto parasocial que no es eficaz respecto a la sociedad, concluyéndose que no lo es, más allá de las sentencias referidas a situaciones de pactos parasociales omnilaterales donde por otras razones analizadas en su sede la jurisprudencia por ejemplo española ha secundado la pretensión de impugnación no sin debates. De esta forma se inhuma la posibilidad de obtener la ejecución de la obligación con incidencia en lo ya resuelto por el órgano donde se debía votar de cierto modo y se hizo lo opuesto incumpléndose.

Desde esta perspectiva se descarta, la posibilidad de deshacer lo hecho contra al pacto parasocial, en efecto se indica que si se adoptó una resolución contraria a lo establecido en el pacto parasocial, como consecuencia del voto de alguno de los sindicatos, para revocar el acuerdo es necesario acudir a los mecanismos societarios, llegados allí se releva que no se encuentra entre las causales de impugnación esta, esto aplica a todos los sistemas analizados. Entonces se plantea la dogmática si es posible obligar a la convocatoria de una nueva reunión del órgano donde se produjo el incumplimiento, para que se adopte la resolución que correspondía si se hubiera cumplido o se revoque lo resuelto. A esto sigue en esa línea de análisis indicar que aún de admitirse una sentencia que ordene la emisión de la declaración de voluntad en el

⁹¹⁵ROVIRA, A. *Pactos de Socios*, op.cit. p.224, FELIU REY, J., op.cit. p. 306-307,

órgano que integra el incumplidor, para ello debería citarse una reunión de dicho órgano. Así se llega nuevamente a obturar la satisfacción del interés de los sindicados acreedores en efectos se señala que esto implica el involucramiento de la estructura normativa societaria y la convocatoria a reunión y entonces resultan de aplicación clásicos enunciados por ejemplo en cuanto a quien puede convocar la reunión de la asamblea, o reunión de socios, o junta, las formalidades en cuanto al orden del día, habría que incluir el asunto de esta forma y luego se indica que siendo la sociedad ajena al litigio.⁹¹⁶ Entonces se señala que los socios acreedores podrían solicitar la convocatoria al órgano de administración, y si este no convocara solicitar la convocatoria judicial de la junta o asamblea, donde los inconvenientes vuelven a abundar, en efecto los administradores podrían oponerse, abriéndose así una nueva instancia de debate.⁹¹⁷

Se percibe sin dificultad que ante estos argumentos y el debate planteado, la celebración de un convenio de voto, sin que se hayan estructurado los mecanismos para que el que se debe proferir se ciña fatalmente a lo pactado, en particular evitando que el pactante asista personalmente al órgano y pueda decidir incumplir, es imprescindible. Esto quedará acotado a las asambleas, pues en el órgano de administración, el escenario de incumplimiento puede darse, Mas allá de las garantías que se adopten. (Capítulo Quinto, 5.1.3 c). Si se incumple la obligación de votar en cierto sentido, la pretensión de ejecución forzada, puede devenir en el castigo de Sísifo.

En cuanto a la remoción, en principio, esta última posibilidad podría parecer adecuada cuando el socio demandante tenga interés bien en revocar el acuerdo que se adoptó mediante el voto emitido por el socio incumplidor del sindicato de voto, bien en volver a someter a consideración de la junta general la propuesta de acuerdo que no fue adoptada a causa del voto negativo del socio incumplidor. Paz Ares había señalado que la misma consiste en pedir la condena a votar en cierto sentido o que la sentencia establezca el contenido del voto— vimos que esto es posible de forma explícita en los

⁹¹⁶MARTÍNEZ ROSADO, J. *op.cit.* p. 143-145

⁹¹⁷FELIU REY, *op.cit.* p. 316

sistemas brasileño y español-, pero, convocándose a una nueva reunión de socios – asamblea, junta general- a esos efectos. Se trata de una acción de cumplimiento.⁹¹⁸

Es cierto que la acción de ejecución del acuerdo solo puede darse luego de la celebración de la reunión del órgano social.⁹¹⁹ El fulcro de este asunto, me parece, es como se conforma la propia pretensión de remoción, o en otros términos, qué se debe impetrar cuando se promueve cuál es la pretensión apropiada, para que se deshaga lo mal hecho. Los arts. 1.098 II CC español, 1338 del CC uruguayo, disponen que si el obligado a hacer alguna cosa la hiciere contraviniendo al tenor de su obligación se mandará ejecutar a su costa y, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho. Sería concebible en la materia que nos ocupa, pero no convocando una nueva asamblea, haciendo votar de nuevo llevando la resolución judicial a la asamblea –junta-. A mi juicio, dicha ejecución específica se debe limitar *a sustituir la declaración de voluntad que por acción u omisión, implicó apartarse de lo que correspondía realizar*, conforme a la norma jurídica individuada emergente del convenio de sindicación o la que surge luego que el sindicato precisó que debía votarse, sustituirla comunicarse a la sociedad y que con ese dato se rectifique el resultado de la votación de la junta ya celebrada.

Ante una declaración de voluntad omisa o desconforme cabe la corrección, los medios ejecutivos apropiados para la obtención del resultado pretendido por el ejecutante, no tener por emitido ese voto y en su lugar a todos los efectos deberá asumirse que el incumplidor votó en la forma que indica la sentencia que no será otra que aquella en que debía hacerlo y esa resolución deberá comunicarse a la sociedad.

De esta forma, una orden judicial podrá suplir la voluntad emitida, y traer los efectos del voto en los términos diseñados en el acuerdo y antijurídicamente rechazados en la reunión, en la asamblea general o en el directorio o consejo de administración.⁹²⁰

Como señala el Prof. Coelho da Rocha, todas esas obligaciones de hacer o no hacer, de manifestar la voluntad jurídica, de un cierto modo están sujetas a la ejecución judicial si son incumplidas. Sustituido el voto por el que surge de la resolución judicial y comunicada esta a la sociedad, la misma deberá tener en cuenta

⁹¹⁸PAZ ARES, C. “El enforcement..” *op. cit.*, p.

⁹¹⁹BARBI FILHO, C. *Acordo de Acionistas*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1993, p. 187, *apud*. COHELO DA ROCHA, J. L., *Acordo de Acionistas e Acordo de Cotistas*, *op.cit.* p. 57

⁹²⁰COHELO DA ROCHA, J. L., *Acordo de Acionistas e Acordo de Cotistas*, *op.cit.* p. 58

este aspecto, para formular las rectificaciones correspondientes. En las obligaciones de hacer y no hacer incumplidas, la pretensión de cumplimiento satisface el interés del acreedor por la obtención de una situación “materialmente equivalente a la que existiría si el deudor hubiera cumplido”.⁹²¹

Así se dejará sin efecto como consecuencia de desconsiderar el voto emitido de forma ilícita y asumir el que correspondía, esto surge del juego de todas las normas del sistema, sin rémora de apreciar las normas jurídicas o los sistemas normativos más que como eso, sin pretender darles otra visión de entidad diversa que la de una estructura normativa.

En una visión contractualista, cabe abundar indicando que si el voto proferido contra lo establecido en el pacto parasocial pasa a ser el supuesto de hecho para la aplicación de la norma sancionatoria, el derecho no secunda ese comportamiento. Por ello el voto no puede constituir un supuesto de hecho para la aplicación de una norma atributiva de competencia, solo estaremos ante una conducta reconducible al incumplimiento.

La sociedad es el ámbito en que se debe desarrollar el comportamiento debido, si la sociedad en la persona de sus representantes legales fue notificada de la existencia del pacto será un tercero que si facilita el incumplimiento actuará en desmedro de un derecho de crédito, si es parte del pacto, lo incumplirá, lo mismo ocurrirá si los efectos del pacto han alcanzado a la sociedad como consecuencia del cumplimiento de las formas previstas en los respectivos ordenamientos para que esto ocurra en ciertos tipos sociales (Capítulos Sexto y Séptimo).

Si el obligado no actúa como debe, el acreedor cuenta con todos los remedios que proporciona el ordenamiento, y no debe escandalizar el impacto en el ámbito social que esto ostenta. La manifestación de voluntad en un órgano social no es recepticia, no va dirigida a la sociedad, por lo que no es un aspecto que deba ser considerado en la situación planteada. La resolución, resulta del concurso de varias declaraciones de voluntad -votos-, emitidas de acuerdo con el procedimiento establecido

⁹²¹GAMARRA, J., *Responsabilidad contractual*, t. I, op.cit., p. 41.

para ello, son declaraciones idénticas que concurren a su formación, que son formuladas por sujetos autónomos, la sentencia que hace lugar a la ejecución forzada deberá sustituir la declaración de voto del incumplidor, o según el ordenamiento de que se trató, se podrá designar a quien cumpla por él si la prestación comprometida es la emisión del voto en un sentido determinado, o determinable por el sindicato que el deudor integra. Para cierto sector de la doctrina, si se trata de una obligación de no hacer, vg. abstenerse de votar habrá de acudir a la ejecución forzada de este tipo de prestaciones e impetrar la acción de remoción.⁹²²

Se trata de los mecanismos de que dota el ordenamiento a quien procura la satisfacción de su interés, secundado por la norma contractual, que las partes ingresaron al ordenamiento en ejercicio de la autonomía privada.⁹²³

El límite estará dado por los derechos de los terceros, otros socios, no vinculados al pacto, (vg. se voto la distribución de utilidades y surgió en cabeza de los socios no vinculados al convenio el derecho de crédito respectivo, se aprobó vender un bien de alto valor a un tercero, y se celebró la compraventa).

De todas formas existe una connatural dilación que puede ser enorme y tornar por el decurso del tiempo sin utilidad la medida, en el derecho español en efecto, se requerirá ventilar en un proceso jurisdiccional el asunto para obtener una resolución judicial firme y si se hubiera pactado el arbitraje será el laudo arbitral el que deberá revestir tal calidad, que solo luego que la reúna podrá ser comunicada a la sociedad. Esto hace ineficiente la promoción de este proceso si el mismo cumple las etapas necesarias por la demora del trámite. Luego queda un aspecto procesal a examinar respecto al cumplimiento, en el derecho español conforme lo dispone el art. 708 de la LEC es necesario que el juez condene al deudor a que vote en cierto sentido, esto lleva a considerar donde debe votar, como debe hacerlo etc, en este supuesto el condenado debería comunicar que votó en sentido contrario a lo debido, que la votación conformó un hecho ilícito y que su voto debe entenderse formulado en diverso sentido, si un plazo de veinte días no lo hace el juez sustituirá la voluntad del incumplidor y esto se comunicará a la sociedad, a efectos que rectifique lo resuelto en los documentos respectivos. De sostenerse que no es concebible que el sindicato pueda dar

⁹²²PAZ ARES, C. “El enforcement.” *op. cit.*, p. 26,

⁹²³PAZ ARES, C. “El enforcement.” *op. cit.*, p. 23 PÉREZ RAMOS, A., “La autonomía de la voluntad en las sociedades de capital”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, N° Extra 1, *op.cit.* p. 350.

cumplimiento a esa resolución porque el voto debía emitirse en esa reunión asamblearia, y no puede luego ni el sindicato cumpliendo la resolución judicial, ni el juez indicar que el voto debía ser otro, la ejecución de la prestación pasa a ser imposible, por comportamiento imputable al acreedor y resulta inadmisibile en ese sistema jurídico la ejecución forzada de esta obligación.

Esto no es trasladable al sistema uruguayo donde a mi juicio es admisible que se dicte una sentencia que sustituya la voluntad del deudor, aunque deba tramitarse en un proceso ordinario, con la consabida dilación e ineficacia del procedimiento. Tampoco hay obstáculo en el brasileño donde a partir del dictado de la ley 13105/2015 el art. 501 explícitamente indica que la sentencia produce todos los efectos de la voluntad no emitida.⁹²⁴

Esto es ineluctable si el convenio ha sido archivado en la compañía, supuesto que se analizará en el numeral siguiente, de forma tal que la sentencia o la decisión arbitral según el caso, no van a condenar al incumplidor a emitir una nueva declaración de voluntad, sino que la voluntad del deudor incumplidor va a ser substituida, suplida, por el dispositivo judicial o por la decisión arbitral, produciéndose así los mismos efectos de la ejecución específica o directa concluyéndose así con un incumplimiento que en esta perspectiva cabe calificar de temporal el que concluye con la notificación a la sociedad de la resolución judicial.⁹²⁵

Para el caso de no resultar eficaz ante la sociedad el convenio, aún en este sistema jurídico, la posible polémica doctrinaria persiste. Si bien en caso de incumplimiento de la obligación de emitir la declaración de voluntad, que debe proferirse conforme al pacto, es conforme viene de relevarse pasible de ser obtenida, inclusive con la posibilidad de solicitar acumulativamente la determinación de la resolución de la asamblea en caso de sustitución de los votos emitidos contra Derecho hayan afectado el resultado de la deliberación, dicha solución presenta resistencias.

⁹²⁴ En el sistema brasileño en el mismo sentido se ha señalado que no hay lugar para el actio judicati porque la enunciación de declaración de la sentencia, ja es la propia ejecución.

⁹²⁵ ARAGÃO, P. C. “*A disciplina do acordo de acionistas na reforma da Lei das Sociedades por Ações: Lei 10.303, de 2001*”, en LOBO, J. (coord.). *A Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. Ed Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 372-377

Esas resistencias no son admisibles si el convenio se hubiera inscripto y fuera eficaz ante la sociedad (Capítulo Séptimo), y el Presidente actuando contra derecho computó el voto, no ejerciéndose los mecanismos de autotutela. En cambio, la regla del artículo 997 del CC brasileño según la cual los pactos parasociales son ineficaces en relación de terceros si establecen algo diverso a lo dispuesto en el contrato social, podría ser invocada trasladándose los argumentos de la doctrina española al respecto sin dificultades.

Lo que viene a señalarse en cuanto a qué puede impetrarse la sustitución de la voluntad del incumplidor, no parece poder admitirse en el derecho argentino en efecto, la referencia a la obligación de no hacer contenida en el art. 778 del CC y Co. de la nación, alude a la “destrucción física”, por otro lado en referencia a las obligaciones de hacer conforme surge del art. 776 *eiusdem*, el carácter infungible de la prestación puede resultar “de la convención, de la naturaleza de la obligación o de la circunstancias”, presumiéndose su existencia en aquellos contratos que suponen una confianza especial, de modo que se admite una infungibilidad presunta, aunque se admite la posibilidad de renunciar al carácter infungible de la prestación, de lo que surgen dificultades adicionales a que prospere una pretensión de ejecución específica.

En conclusión, un procedimiento que entendemos admisible pero que encuentra un sin número de dificultades en los cuatro sistemas jurídicos analizados y que puede devenir ineficiente por la dilación que conlleva.

c) Ejecución forzada de manifestaciones de voluntad en los órganos sociales para convenios que tienen eficacia respecto a la sociedad

Como se señaló en el Capítulo séptimo, en los sistemas brasileño y uruguayo, existe la posibilidad de que la eficacia del convenio trascienda a los pactantes.

Del art. 391 LSC uruguayo se extrae el “efecto contra terceros” si se cumplen esos requisitos, acaecido el presupuesto de hecho previsto en la norma, la sociedad y sus accionistas, resultarán obligados, en los términos del convenio; en tanto, las normas emergentes del convenio ingresan al orden jurídico societario, aunque no al

contrato o estatuto social y resultan oponibles a terceros. Del art. 28 de la LSAS de ese país, para las SAS uruguayas, ante el *depósito en las oficinas donde funcione la administración social por imperativo legal la sociedad* resultará obligada, en los términos del convenio. También lo estarán sus accionistas e integrantes de sus órganos estatutarios, en tanto, las normas emergentes del convenio ingresan al orden jurídico societario, aunque no al contrato o estatuto social. Se elimina la publicidad registral, también la necesidad de anotación de los títulos, en concordancia con esto para los convenios de bloqueo se habilita la regulación estatutaria a la posibilidad de limitar la transmisión de acciones, pues el pacto parasocial en ese caso no será oponible a terceros, obsérvese que solo debe entregarse un ejemplar a la sociedad.

En estos casos es posible solicitar judicialmente la ejecución forzada específica de la prestación debida a nivel de comportamiento en los órganos sociales. Si consistiere en una manifestación de voluntad, se sustituye la del deudor por medio de del juez, y se da cuenta a la sociedad para que rectifique lo resuelto.). La posibilidad de la ejecución forzada específica, no merece en este caso a mi juicio hesitación posible.⁹²⁶

En caso de una obligación de no hacer, se condenará al deudor para que remueva el estado de cosas provocado por su incumplimiento bajo apercibimiento de medidas conminatorias, además, deberá indemnizar los daños y perjuicios irrogados por la actividad que no debió realizar, y desarrolló y se dispondrá el cese en la misma, si persiste. En caso de mantenerse la actitud, a despecho, de lo dispuesto por la justicia, se podría incluso configurar el delito de desacato. Las limitaciones, a la ejecución in natura, en estos casos son las del derecho de las obligaciones y los contratos, la imposibilidad de la prestación o la hipótesis de abuso de derecho. En el caso del tipo contractual de marras, esta última puede adquirir particular relevancia, tomando en cuenta como límite, para el posible abuso de derecho el daño injusto en situaciones que se han reconducido al concepto de “interés social” (a modo de ejemplo, puede citarse el caso de haberse pactado votar en el sentido de designar a una persona como director, y luego queda evidenciado que el mismo era una persona deshonesto, o manifiestamente incompetente, en mérito a sucesos ulteriores a la adopción de la decisión.

⁹²⁶ Entiende también de recibo la ejecución forzada específica Miller ob. cit. p. 299

En el ámbito de las sociedades anónimas las consecuencias impactan de lleno en el ámbito societario y alcanzan a terceros. En el de las SAS, los terceros no se ven alcanzados salvo que se acredite su mala fe, el conocimiento de la existencia del pacto.

En las sociedades anónimas uruguayas, si el sindicato emite una manifestación de voluntad a despecho de lo normado en el Convenio, el presidente del órgano respectivo, no deberá computar el voto. El problema se plantea en caso de abstención, ante la ausencia en Uruguay, de una norma como la ingresada al ordenamiento brasileño en el año 2001, por lo que para ese tipo social habrá que acudir a la justicia.⁹²⁷

En cambio, la LSAS, se acercó aun más al ordenamiento brasileño y dispuso para los convenios de sindicación celebrados para ese tipo social, que una vez comunicado el convenio en la forma establecida, en el art. 28 y en caso de preverse la existencia de un sindicato, una vez comunicado lo resuelto por el mismo, el Presidente de la asamblea de accionistas o del órgano colegiado de deliberación de la sociedad, consejo de administración, directorio, no deberá computar el voto emitido en contravención a dicho convenio, lo que ya operaba a mi juicio para las sociedades anónimas.

Pero agrega, exclusivamente para las asambleas de accionistas de una SAS, que en caso de comportamiento omiso por abstención o de ausencia del accionista, el Presidente votará, por el accionista omiso o ausente en el sentido previsto en el pacto parasocial o en la resolución comunicada en caso de accionistas.

Los argumentos para cuestionar la ejecución forzada de los pactos parasociales, que dicen relación con comportamientos en los órganos estatutarios de las sociedades anónimas, no son admisibles en el Uruguay, de haberse cumplido los requisitos del artículo 331 de la LSC o 28 de la LSAS y en el Brasil con los del art. 118 de LSC brasileña, en función de los efectos, que por expresa disposición legal, proyecta el acuerdo sobre la esfera jurídico patrimonial de la sociedad.

De no haberse pactado arbitraje, el asunto se tramitará ante la justicia y la ejecución forzada específica, presenta dificultades prácticas, debido a la lógica demora

⁹²⁷ Cf. MILLER, A. *ob. cit.* p. 333

del proceso o a la situación generada en los casos en que el incumplimiento acaece en la propia reunión del órgano social, apartándose el obligado de lo resuelto por el sindicato.

En estos casos la ley brasileña prevé como se indicó antes (Capítulo séptimo) la designación de procurador común (art. 118, § 7º) , a fin de precaver incumplimientos (Capítulo octavo); también estipuló la irrelevancia de la expresión de voluntad que pretendiera votar en sentido diverso del pactado (art.118, § 8º) -el Presidente vota por quien no hace lo que debe-⁹²⁸y finalmente colocó un mecanismo radical de autotutela preventiva (art.118, § 9º), si no actúa el Presidente lo hacen los otros sindicados acreedores.

Teniendo presente que si no fuere posible evitar la producción de un daño, “ello importaría tanto como crear el derecho de perjudicar”⁹²⁹a la prevención se le denomina desde la situación jurídica de quien la impetra, “tutela inhibitoria” e importa actuar antes que el daño se produzca o profundice, bastando la mera amenaza, ha sido reformulada a partir de sus orígenes romanos vinculados a la defensa de la propiedad. Se caracteriza por la inminencia del acaecimiento del evento dañoso.⁹³⁰ La posibilidad de detener el acaecimiento del evento dañoso, evita que se produzca un daño o se atenúe el ya producido, recomponiendo en lo que fuere posible lo dañado. El factor de atribución (subjetivo u objetivo) no tiene relevancia en el ámbito inhibitorio.

De esta forma en los pactos parasociales de accionistas en Brasil, el presidente de la asamblea general o del directorio o consejo de administración (art. 118 §8º) evitará la producción del daño, en caso omiso o denegado la prerrogativa recae en los otros sindicados, hipótesis de autotutela ante la ausencia o abstención del voto de los obligados o del administrador cuando no se manifestó conforme a lo pactado (§ 9º art. 118).⁹³¹

⁹²⁸Esta solución se encuentra el derecho proyectado para las sociedades anónimas en Uruguay (nota 741)

⁹²⁹ALTERINI A.A, AMEAL O.J, LÓPEZ CABANA R.M Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, *op.cit.*, p. 307.

⁹³⁰RAPISARDA, C. *Profili della tutela civile inhibitoria*, Padova : Cedam, 1987, *apud*.LORENZETTI, R. “La Responsabilidad Civil”, En: *Rev. Critica de Derecho Privado*, nro. 1, Carlos Alvarez Ed. , 2004, p. 102,

⁹³¹La constitucionalidad de esta disposición de autodefensa o autotutela, ha sido pasible de cuestionamiento en el Brasil, señalándose que no se trata del ejercicio legítimo de un derecho sin resolución judicial, sino del ejercicio del derecho de voto en nombre de otra persona y sin su

Al modificarse la ley de sociedades anónimas en 2001 y preverse estos mecanismos, cierto sector de la doctrina brasileña los cuestionó.

La situación en lo referido al § 8° del art. 118, en cuanto a que el Presidente podía no computar los votos proferidos incumpliendo el pacto, ya estaba vigente, por devenir derecho positivo aplicable a la sociedad lo dispuesto en el convenio al archivarse en la sociedad.

Aunque para algunos era discutible, así el Prof. Barbi Filho, entendía que el presidente no podía contar con el *poder judicandi*, reservado al Estado salvo casos de arbitraje.⁹³²

Sin embargo, el razonamiento debe ser el contrario, una vez eficaz el pacto respecto a la sociedad, el Presidente estaría obrando contra Derecho si computara los votos de los incumplidores, esto aplica al hoy vigente Derecho uruguayo, nada más apropiado que haga lo que debe hacer de acuerdo a las normas aplicables a la propia sociedad.⁹³³ La siguiente observación alude a que el Presidente –tildado por Oppo al analizar el sistema brasileño de “gendarme”-⁹³⁴ debe necesariamente interpretar, asignar significado a lo enunciado por el pacto, del que incluso puede no haber sido parte.

Tampoco es de recibo la observación, deberá interpretar los enunciados normativos o resoluciones emergentes del convenio al igual que todas las normas aplicables a la sociedad. Por otra parte, el sentido en que debe votarse surgirá o del propio convenio o de la comunicación de lo resuelto por el sindicato en la reunión previa a la reunión del órgano social.

Estipular reuniones previas es un contenido con tipicidad social en los convenios que refieren a comportamientos en los órganos sociales y han sido admitidas,

consentimiento, de modo tal que se termina interviniendo por el acreedor directamente la esfera jurídica del deudor, sin ejercicio de la función jurisdiccional, BERTOLDI, M. “*Acordo de acionistas*” Ed. Revista dos Tribunais, , nº6.4.2.3, 2006, San Pablo, pp. 124-127.

⁹³²BARBI FILHO, C. “Acordo de Acionistas: Panorama Atual do Instituto no Direito Brasileiro e Propostas para a Reforma da sua Disciplina Legal” *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. V.121, año 40, enero-marzo 2001, p.

⁹³³KONDER COMPARATO, F.; SALOMÃO FILHO, C. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. p.228, disponible en:

https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/31185/mod_folder/content/0/F%C3%A1bio%20Konder%20Comparato%20e%20Calixto%20Salom%C3%A3o%20Filho%20-%20O%20Poder%20de%20Controle%20na%20Sociedade%20An%C3%B4nima%20-%20Proxy%20Machinery.pdf?forcedownload=1, consultado el 10 de diciembre de 2021.

⁹³⁴OPPO, G. “Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società” *op.cit.* p. 530.

por la legislación brasileña y uruguaya para las SAS, es una práctica básica del sindicato de voto, que usualmente se reúne, debate, resuelve, y luego vota en bloque.

Lo hace de sólito por un representante común que representa a todos los socios sindicados. En caso que esto no ocurra o si el representante se apartara del mandato otorgado por el sindicato, una vez que lo resuelto fue comunicado a la sociedad, esa decisión ingresa a la estructura de normas aplicables a dicha sociedad.

Si bien se trata de una norma individuada, en caso de apartamiento de la conducta prescrita se sigue una respuesta coactiva desfavorable.

Para evitar la verificación del daño se efectúa esta previsión legal.

Lo que no podía realizar el presidente del órgano, antes de la reforma de 2001 en Brasil y aun hoy, no puede hacer en las sociedades anónimas uruguayas, es votar por los incumplidores.

Oficiar de gendarme, debe destacarse como eficiente mecanismo de prevención de daños. La dogmática brasileña ha tratado de subsumir en algún tipo legal la situación en que los sindicatos acreedores del incumplidor votan por miembro díscolo.

Así por ejemplo, el accionista sindicado x, está en la asamblea y vota en sentido contrario a lo definido por el sindicato, vg. el sindicato dispuso enviar un cincuenta por ciento de las utilidades a la reserva legal y el sindicato díscolo del grupo de control vota por distribuir las con los socios minoritarios. El presidente no debería computarle el voto y debería votar por él lo debido según la resolución del sindicato que le fue comunicada. El presidente en cambio, computa el voto. Se llega así a la situación que amerita la autotutela, los sindicatos tienen derecho a votar en el sentido debido, contrario al que lo hizo el incumplidor. En Brasil se procuró subsumir a esta situación al interior de algún tipo de figura prediseñada por la tradición jurídica.

Así algunos autores, sostuvieron que hay un mandato legal otorgado por los sindicatos entre sí, lo que parece inconsistente si se piensa que el sindicato que ahora pretende votar es el mandante, aquí se ingresaría a nuestro juicio a debatir sin

demasiado provecho sobre el régimen del “mandato legal” conferido y la aplicación de las normas en materia de dicho contrato para el caso de mandato convencional.⁹³⁵

El supuesto se subsume adecuadamente en un caso de autotutela, ejemplos de este tipo de mecanismo, lo constituye en derecho privado el derecho de retención, la reposesión o la legítima defensa en materia penal, entre otros.⁹³⁶

En ambos órdenes jurídicos, en caso que las medidas de prevención descriptas para cada país y tipo social, no hubieran evitado el incumplimiento. Cabrá la promoción del proceso o arbitraje si estuviera pactado. La sentencia y el laudo no implicarán condenar al incumplidor a emitir la voluntad sino que la voluntad del deudor incumplidor *debe ser sustituida, y suprimida, por la resolución judicial o laudo arbitral*, tiene el efecto de ejecución forzada, y se obtiene la satisfacción del interés de los acreedores, dejándose sin efecto lo dispuesto por el órgano social y disponiéndose lo que corresponde de acuerdo al Derecho aplicable a la sociedad, por imperio legal y cumplidos ciertos requisitos, que es lo definido en el pacto parasocial o en la resolución adoptada por su funcionamiento. Se trata de supuestos en los que la ejecución forzada aún satisface el interés de los acreedores, incumplimiento temporal. Esto implica también proceder al *acertamento* de la decisión asamblearia que corresponde de computarse el voto tal como debió emitirse una vez suprimido y sustituido por el fallo judicial o laudo arbitral.⁹³⁷

La situación de apartamiento en caso de votos de los integrantes de los órganos de administración en cambio ha presentado divergencias doctrinarias.

Desde 1976, en Brasil la ley disponía que los pactos parasociales debían ser observados por la compañía si fueran archivados en ella, pero no aludía a los votos de los miembros del consejo de administración, en caso que se encontraran vinculados por la decisión previa del sindicato de accionistas.

A partir de la reforma de 2001 la actuación de ese órgano fue profundamente impactada al insertarse en el art. 118 el § 8º y el §9º antes analizados, esos nuevos párrafos determinaron sin ambages que el voto del miembro del órgano de

⁹³⁵BERTOLDI, M. “*Acordo de acionistas*”, *ob. cit.* p. 122-123

⁹³⁶DELGADO CASTRO, J. PALOMO VÉLEZ, D., DELGADO, G. “Autotutela, solución adecuada del conflicto y reposesión: revisión y propuesta” en *RDUCN vol.24 no.2* Coquimbo dic. 2017, disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532017000200265

⁹³⁷ARAGÃO, P. C. “*A disciplina do acordo de acionistas na reforma da Lei das Sociedades por Ações: Lei 10.303, de 2001*”, p. 372

administración que discordara con lo resuelto por el accionista que lo ha designado, o por el sindicato de accionistas, si intentara votar en sentido diverso del pautado, no sería considerado por el presidente del consejo (§ 8º) y la parte perjudicada por la falta de voto del consejero que se ausente o abstenga, tendrá derecho a votar por él (§ 9º).

En la doctrina brasileña existen posturas disímiles al tratar de armonizar la situación estatutaria del administrador, y el “deber de independencia” con esta definición legislativa contundente. Un grupo de autores, argumenta que el deber de independencia no es contrapuesto pues el acuerdo de control representa el interés social, por lo que lo que deben hacer los administradores es atenderlo, y de esta forma cumplirían con sus obligaciones, siempre que actuando dentro de la ley hacen lo que están obligados a hacer conforme el interés social.⁹³⁸ Otros entienden que esto no opera si está en juego el interés social que no queda acotado a lo que se indica por el sindicato o sindicato de accionistas que designa al director, por lo que este tendrá independencia.⁹³⁹ Un tercer grupo señala que la independencia del administrador no se da cuando se está ante un convenio inscripto para el órgano de administración que fue conmovida, ante el tenor ineluctable de lo dispuesto.⁹⁴⁰

d) Ejecución forzada para situaciones jurídica de los socios individualmente considerados –pactos patrimoniales-

En el Capítulo quinto están detallados posibles contenidos de los pactos parasociales, los que tienden a integrar, y sobre todo personalizar el relacionamiento entre los otorgantes a nivel societario regulando el ejercicio de los derechos de socio y el funcionamiento de la sociedad, a nivel de derechos políticos, mencionados en el literal anterior. Pero también pueden regularse y cumplen la misma función

⁹³⁸ Ibid.

⁹³⁹ CEREZETTI, S. C. N. “Administradores independentes e independência dos administradores (regras societárias fundamentais ao estímulo do mercado de capitais brasileiro)”, en MONTEIRO DE CASTRO, R. – DE MOURA AZEVEDO, L.A.N; *Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais* Quartier Latin, San Pablo, 2010, p. 578-593:

⁹⁴⁰ Así el profesor paulistano SALLES DE TOLEDO, P. F. “Modificações introduzidas na Lei das Sociedades por Ações, quanto à disciplina da administração das companhias”, en LOBO, J. (Dir.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*, Ed, Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 430-452

complementar y asegurar su apropiada convivencia societaria, no ya moderando la forma de actuación en los órganos societarios sino ordenando sus derechos individuales.

Los casos paradigmáticos a los que se hará somera referencia refieren a los negocios sobre sus participaciones en el capital, estableciéndose los procedimientos para poder disponer de esas participaciones sociales, acuerdos de venta conjunta y otros pactos accesorios como los vinculados a la competencia o a la prestación de actividad personal en la sociedad.⁹⁴¹

Respecto a los que limitan la transmisibilidad de las partes sociales, cabe precisar que una vez admitida la figura, no corresponde privar al acreedor de un remedio del que la ley no lo priva, la ejecución de las obligaciones, arguyendo que esto atenta contra la libre transmisibilidad de las acciones, asunto que se resolvió favorablemente antes cuando se admitió la categoría.

Luego, se presentan las mismas dificultades que para la ejecución de los convenios de voto, fundamentalmente el tiempo que insume la satisfacción del interés del acreedor, más allá que se reclamarán los daños moratorios, que en ese caso pueden ser muy significativos, en definitiva el tipo de obligación hace más apropiada esta modalidad en este tipo de convenios, la que de todas maneras podrá acompañarse con una medida cautelar para evitar la frustración del derecho, a ser solicitada de forma previa o concomitante con la promoción de la demanda.

El tipo de obligaciones asumidas en los pactos de bloqueo, involucra situaciones de obligaciones de no hacer (vg. no venderle a quien no cumpla ciertos requisitos), esto presenta las dificultades detectadas para la ejecución forzada de las obligaciones de no hacer en particular la acción de remoción en el derecho español o argentino, que terminan volviendo inasequible la satisfacción específica del interés del acreedor.

En cambio en el derecho brasileño y uruguayo este tipo de dificultades no se plantean, nos referimos a los respectivos dispositivos procesales, independientemente de la situación de conocimiento u oponibilidad al adquirente del contrato incumplido.

En otros sindicatos de bloqueo se establecen obligaciones de someter la transmisión a procedimientos previos, en estos casos se trata de obligaciones de hacer, vg. ofrecer a los demás sindicatos las acciones, aguardar un plazo (Capítulo quinto), respecto a dicho hacer, el mismo, es fungible (supra lit. b) y c). La oferta de venta o

⁹⁴¹CONTI CRAVIERO, M., *ob. cit.* p. 78 -79

solicitud de autorización a la que está obligado el otorgante, puede reconducirse sin dificultad a los desarrollos respecto a los contratos preliminares– Capítulo quinto-, pueden ser realizadas por una persona distinta, en tanto no son relevantes las características personales de quien, simplemente, debe seguir cierto procedimiento para disponer de sus acciones, resulta pasible de ejecución específica.

Respecto a los que imponen un precio de compra o venta de acciones en un precio, cualquiera fuera el momento en que conforme el pacto deba fijarse y el procedimiento o parámetro elegido para su determinación, la obligación es una obligación de hacer vender a cierto precio.⁹⁴²

En cambio si se trata de una situación de opción cuando el beneficiario de la opción, haga uso de ella, el contrato se habrá perfeccionado y lo que se ejecutará será una obligación de dar, entregar las acciones o ceder el conjunto de derechos que comporta el estado de socio.

Respecto de los efectos de los actos del obligado a despecho de lo pactado dependerá del conocimiento, de quien se presenta como adquirente respecto al contenido de lo pactado, sea directo el conocimiento del negocio o consecuencia del cumplimiento de requisitos legales *que lo hacen oponible a aquel*. Esto aplica a todas las modalidades sea la básica prohibición de transmisión, o de la fijación de procedimientos preceptivos para poder concretar la celebración de un negocio que precipite la enajenación cualquiera fueren o el derecho de preferencia a quienes se determine.

Caben tres supuestos de hecho a analizar según los respectivos regímenes jurídicos y tipos sociales para quien pretende enajenar apartándose de lo establecido en el convenio, según quien sea el pretense adquirente: i) otro sindicado, ii) un socio o accionista no sindicado iii) un tercero.

i. Si se pretende enajenar a *otro sindicado* independientemente de si se cumplieron los requisitos para que el pacto sea eficaz para la sociedad en los sistemas

⁹⁴²PÉREZ MORIONES, A., “Los sindicatos de voto para la junta general de la Sociedad Anónima” *op. c* p. 567, MORENO URTILLA, D. *ob.cit.* p. 684, FELIU REY, J. *ob.cit.* p.293-295.

en que esto es posible o no, el negocio obligacional por el que un sindicato se obliga a disponer incumpliendo lo acordado o es nulo o es inexistente según la postura que se tenga.⁹⁴³ En este caso no se genera el efecto previsto, pretendido por los incumplidores, por cuanto la expresión de voluntad no es secundada por el ordenamiento jurídico, su conducta no es el presupuesto de aplicación de una norma atributiva de competencia, sino que en vez de esos efectos es el presupuesto de una norma primaria, genera la aplicación de una respuesta coactiva desfavorable para los incumplidores. En ese caso corresponderá promover contra ambos la acción tendiente al cumplimiento. Todos los actos materiales cumplidos por los otorgantes incumplidores, no serán nada más que eso, carecen de título hábil antecedente y corresponde de forma evidente la acción de remoción si se ha hecho algo contrario a lo previsto.

Si se habían seguido los procedimientos previstos en la legislación brasileña o uruguaya, la sociedad debió rechazar cualquier variante y si algún cambio documental se produjo contra lo dispuesto en el convenio también será la sociedad responsable, en todos los casos la responsabilidad será contractual.⁹⁴⁴ Tratándose de un supuesto de ejecución específica los daños que podrán reclamarse serán los moratorios.

ii. En caso de enajenarse a un *socio o accionista no sindicado*, este debe considerarse un tercero, pero en ciertos derechos positivos existe la posibilidad de hacer oponible ese negocio al tercero.

Partiendo de ese supuesto en el derecho uruguayo para las sociedades anónimas, si se han cumplido los requisitos para que el convenio sea eficaz ante la sociedad necesariamente deben haberse cumplido, además, con la inscripción registral por lo que respecto al sindicato, el negocio que en ese caso será válido y eficaz pero no será oponible a los sindicatos, se prefiere la situación de los mismos por sobre la del tercero.⁹⁴⁵ En ese sistema jurídico, en cambio, el art. 28 en materia de SAS, no establece mecanismo para hacer oponible a terceros los pactos parasociales suscritos por sus accionistas. En caso de pactarse limitaciones a la transmisibilidad de las acciones en este tipo social en ese país, es posible incorporar dicha regulación en el Estatuto, lo que sí hace oponibles a terceros las mismas.

⁹⁴³ En los cuatro sistemas analizados el contrato por si solo no genera la transmisión del dominio, en los bienes muebles en estos cuatro países debe efectuarse la tradición.

⁹⁴⁴ LORENZETTI, R., *Tratado de los Contratos – Parte General*, ob.cit. p. 315

⁹⁴⁵ Sobre inoponibilidad, CAFARO, E. -CARNELLI, S *Eficacia Contractual*, op. cit., p. 52., sobre estos conceptos en el sistema uruguayo, Capítulo Séptimo, nro. 7.3, a).

En caso de insertarse en el pacto parasocial, las consideraciones respecto a la buena o mala fe del tercero, en este caso accionista, dependerán del conocimiento que tuviera de la existencia del pacto parasocial (infra iii)

En el Brasil, deben distinguirse para las sociedades anónimas dos situaciones, si solo se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el acápite del art. 118 de la LS de ese país, puede que el accionista adquirente no esté enterado de la existencia del pacto y no le sea oponible por imperio legal, en ese caso la situación se reconduce a la de un tercero y dependerá del conocimiento que tuviera de la existencia del pacto parasocial, o puede que se haya cumplido con lo dispuesto en el § 1 de dicho artículo – inscripciones en los títulos representativos- en ese caso será oponible el acuerdo al tercero adquirente. Podrá promoverse consecuentemente la ejecución forzada específica contra ambos otorgantes del negocio.

En estos sistemas de no haberse cumplido con los requisitos que generan la oponibilidad del pacto a terceros o en el caso del sistema español o argentino, respecto de limitaciones originadas de pactos parasociales, deberán considerarse los supuestos de transmisión a un tercero que *conoce el contenido del pacto*, como otros de los supuestos en que corresponde la ejecución forzada específica.

iii. Si se enajena *a un tercero*, para Brasil y Uruguay en materia de sociedades anónimas, de no haberse cumplido los respectivos requisitos necesarios para que el convenio devenga oponible a terceros, y en España o Argentina donde no existen este tipo de normas, la situación, depende del conocimiento que el adquirente tenga de la existencia del pacto. En estos últimos países se ha discutido para los casos en que corresponde la inscripción preceptiva de ciertos convenios si debe reputarse que los terceros tienen conocimiento (Capítulo sexto).

En caso de no existir-cuando esto es posible- un límite estatutario o contractual concreto, aunque exista un pacto parasocial, si uno de los sindicatos lo incumple, el negocio es de regla válido y eficaz, por lo que no podrá acudirse como remedio a la ejecución forzada específica.

Si existe una prohibición legal o estatutaria a la enajenación o se ha obtenido la eficacia frente a la sociedad del pacto, como se dijo, la enajenación no surte efectos, no es secundada por el ordenamiento reduciéndose los desplazamientos a meros actos materiales, que no son más que el producto del incumplimiento.

En cambio, en caso que se venda a un tercero el negocio es válido y eficaz y los acreedores deberán optar por otros remedios, así, corresponderá la -para algunos- ejecución por equivalente (*aestimatio rei*), o desde otra perspectiva acción indemnizatoria autónoma, o en su caso la exclusión del incumplidor o resolución del contrato más los daños compensatorios.

Cabe preguntarse a que conclusión debe llegarse si el adquirente conocía el pacto.

Una lectura posible es sostener que negocio es nulo, los fundamentos son similares a los que vienen de exponerse, se contraría la una prohibición de disponer, o el derecho de adquisición preferente, se solicita así se declare la nulidad del negocio y se incoa la pretensión de cumplimiento y se reclaman los daños.

Desde esta perspectiva, el conocimiento de la limitación o el derecho, unido a la intención de producir un daño mediante la lesión del derecho o la vulneración de la limitación, comporta un supuesto de causa ilícita – en nuestra concepción del este elemento estructural sería un supuesto de objeto ilícito, la norma que se pretende crear vulnera otra - y, por ende, la nulidad del contrato lesivo.

Manuel Feliú Rey en España, analizó a fines del siglo pasado el tanteo convencional y esta situación en particular, relevando las sentencias del TS español, en los supuestos en que el tercero conoce la existencia del derecho personal de adquisición preferente, la jurisprudencia del TS respecto al conocimiento del tercero adquirente de la preferencia de adquisición, si conoce la situación e igual actúa, los efectos del contrato cesan, con dos interpretaciones posibles, algunas sentencias disponen resolver el contrato celebrado contra Derecho otras lo declaran nulo.⁹⁴⁶ Queda claro que, el asunto no se resume a indemnizar daños exclusivamente, luego podrá postularse que el negocio es nulo por la ilicitud del proceder o no, si se entiende que no lo es, no hay dispositivo consistente que permita solicitar la resolución del contrato celebrado entre el incumplidor y el tercero dañador. Idéntica conclusión corresponde a las situaciones de

⁹⁴⁶FELIÚ REY, M.I. *El Tanteo convencional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, Capítulo VI, pp. 110 y ss.

obligaciones de no hacer, no disponer, incumplidas mediante el consentimiento. Parte de la doctrina española, sostuvo que la compraventa celebrada infringiendo una limitación convencional a la facultad de disponer es válida pero es nula la tradición, por violar una disposición convencional conocida por ambas partes. Desde esta postura se indica que el negocio obligacional es válido, genera sus efectos típicos y las obligaciones respectivas.⁹⁴⁷

Así desde esta postura en ese caso, la limitación convencional al poder de disposición del otorgante, no incidiría en el negocio obligacional, sino en en la tradición, negocio jurídico, convencional, dispositivo en sentido estricto.

Sin embargo, el conocimiento por parte del tercero de la existencia de una obligación de hacer, vg. seguir un cierto procedimiento dando prioridad a los restantes sindicados en la adquisición, no varía la situación jurídica originaria, situación de obligación. Por lo que, no se está retirando a quien confirió la preferencia poder de disposición.

La objeción al proceder de los protagonistas del acto lesivo, no parte de una situación de limitación al poder de disposición, sino del conocimiento que tiene el tercero de la existencia del derecho de crédito y del proceder ilícito que desarrolla junto con obligado que se obligó a proceder de cierto modo al vender por lo que, o si se parte de la ilicitud de la conducta, el objeto del contrato también será ilícito y la situación se reconduce desde esa perspectiva a la situación anterior.⁹⁴⁸

⁹⁴⁷ Señala la autora “En virtud de todo lo anterior, en nuestro ordenamiento podemos hablar al mismo tiempo de validez contractual e ineficacia real.” “En este sentido, (omissis), la venta realizada infringiendo una prohibición de disponer voluntaria no es nula como en alguna ocasión han mantenido algunos de nuestros autores y nuestra jurisprudencia; el contrato es válido puesto que para contratar no hace falta tener la libre disposición de los bienes, al igual que en el caso de venta de cosa ajena.” CAÑIZARES LASO, A, “Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias”, *Anuario de Derecho Civil español*, t. XLIV, octubre-diciembre de 1991, p.1486..

⁹⁴⁸ El título y modo para la adquisición esta previsto en los sistemas argentino, español y uruguayo, el sistema brasileño se acerca al alemán, no es un sistema causalista, la tradición se encuentra regulada en los artículos 2601 del C.Cy Co, 609 C.C español, 769. 771 C.C. uruguayo, y en el derecho brasileño el art. 1267 indica “A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição” aunque para los inmuebles se requiere título e inscripción.

Podría solicitarse la declaración de nulidad del contrato acreditándose el conocimiento del tercero protagonista así del negocio ilícito, e impetrarse de seguido que se condene a otorgar la compraventa al que vendió en los términos en que debió haber sido otorgada siguiendo los respectivos procedimientos. Si se había perfeccionado una compraventa por ejemplo en beneficio de los restantes sindicatos, desconocida por quien vendió sirviéndose de un tercero, habría que impetrar conjuntamente con la declaración de nulidad la entrega.⁹⁴⁹

Si no se entiende de recibo que la ilicitud del negocio comporte su nulidad, y se toma como un negocio válido y eficaz, en tanto la norma contractual no aplicaba al tercero y por tanto no hay objeto ilícito sino una situación de responsabilidad aquiliana por haber dañado el tercero a los sindicatos perjudicados, la condena se resumirá a indemnizar daños.

En esta segunda perspectiva, el negocio es válido es eficaz, el tercero coadyuvó al incumplimiento, sabía de la existencia del negocio, se trata de una situación obligacional, el comprador de las acciones o participaciones colaboró con el incumplimiento de una obligación de no hacer, es un supuesto de tutela aquiliana del crédito, el contrato es válido en tanto fue otorgado por dos sujetos con capacidad jurídica y poder normativo, hubo consentimiento, el objeto es determinado, posible y lícito- en tanto la norma contractual emergente del pacto parasocial no es aplicable al tercero- hay causa en los sistemas que así lo exigen, se trata de un ejemplo de contrato celebrado en daño de un tercero, y cabrá en esa línea responsabilizar a ambos actantes, el factor de atribución es el dolo.

La transmisión válida y eficaz, constituye un evento dañante respecto de los pactantes, el sindicato incumplidor responderá por el incumplimiento de su obligación y el adquirente responderá extracontractualmente, salvo que demuestre que no conocía lo pactado, no podrá invocarlo si se encontraba inscripto el pacto en un registro público (Capítulo sexto).

⁹⁴⁹FELIÚ REY, J., *op. cit.* p. 300.

Esta pretensión puede ser apropiado incoarla en subsidio a la primera ante la situación de incumplimiento, para el caso en que el tribunal o árbitro no compartiera la tesis de la nulidad.⁹⁵⁰

En materia de apartamiento de lo debido para la regulación de la transmisibilidad, en los pactos que consagran los denominados derechos de arrastre y de acompañamiento, respectivamente mentados en la jerga forense por los anglicismos *drag-along right* y *tag-along right*, existen mecanismos para evitar que alguien no cumpla con su obligación (Capítulo quinto, 5.1.3., lit. e), en lo demás cabe remitirse a lo expuesto.

En otro orden al señalar que este tipo negocial no es un contrato que genere de regla obligaciones *intuitu personae*, indicamos que en algunos casos, alguna de las obligaciones que surgen del convenio puede referir a cualidades personales del otorgante, que por ejemplo, deba desarrollar una labor profesional infungible dentro de la sociedad (Capítulo sexto, 6.3,b) . En este tipo de situaciones, ante la negativa del deudor a ejecutar la prestación, solo es posible la indemnización de daños y perjuicios, salvo que el ordenamiento autorizara a colocar astreintes al incumplidor. Esto último, podría ser eficiente para la obtención del cumplimiento de obligaciones instrumentales, vg. facilitar el acceso a ciertos documentos, entregar ciertas claves, pero respecto al cumplimiento en sí, una vez deteriorado de esa forma el vínculo, parece difícil volver a recibir apropiadamente la prestación, más aún si se trata de una prestación donde el tiempo opera como duración, vg. prestación de un servicio.

⁹⁵⁰ Sobre el tema ampliamente PÉREZ GARCÍA, M. J., *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005, p. 350-449, este autor en los casos en que el tercero actúa para que el deudor incumpla concluye que siempre que el tercero no pueda desconocer la existencia del derecho ajeno o directamente la conozca, es responsable, se trata de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual frente a ese tercero de mala fe, que se resume en indemnizar daños salvo en ciertas situaciones, como en el caso de haberse incumplido una obligación de dar emergente del ejercicio de una opción, en ese se resume en la entrega de las cosas que correspondían al optante según el contrato incumplido con ayuda del tercero, más los daños generados hasta la satisfacción del interés.

9.3 Daño previsible e imprevisible - Daños Moratorios acumulables a la pretensión de cumplimiento

Los sindicatos a quienes se les incumplió al promover los remedios previstos en el numeral 9.2, pueden incoar en forma conjunta una pretensión indemnizatoria de daños moratorios, se pretende que se les indemnicen los daños que les ha causado la demora en la ejecución de la prestación o prestaciones debidas. Como se viera en el numeral anterior solo podrá promoverse la ejecución de la prestación debida cuando ello es posible con los variados alcances analizados y satisface el interés del acreedor, para reclamar los daños moratorios. En el sistema español, art. 1100 del CC. y en el uruguayo arts. 1336 y 1341 es necesaria la constitución en mora del deudor para poder reclamar los daños y perjuicios moratorios.

En estos sistemas, mora y retardo implican que el deudor debía haber cumplido ya y no lo ha hecho, no se produjo un cumplimiento puntual y tempestivo, pero el mismo aún es posible, la mora significa un retardo calificado y habilita a reclamar al deudor que no cumplió tempestivamente los daños, cuáles, de regla todos los daños patrimoniales que generó el incumplimiento temporal, que fueren previsibles.

Conforme al artículo 1.107 del Código Civil Español, si es de buena fe responde de los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación. Si obró con intención de incumplir responderá de todos los daños, no habiendo imposibilidad o falta de interés del acreedor, la prestación puede todavía ser cumplida, el deudor moroso está obligado a cumplir la prestación y a indemnizar los daños originados por la mora, de modo que resarcen al acreedor los sufridos por no haber recibido en tiempo la prestación.⁹⁵¹

El CC brasileño en su artículo 394 configura la mora por el mero hecho de no ejecutar la prestación en el tiempo, lugar y forma que la ley o la convención establezcan, en dicho artículo este código del siglo XXI, también se configura la mora del acreedor por el hecho de no querer recibir la prestación en esas condiciones espacio temporales y de calidad. El art. 395 *eiusdem*, establece la responsabilidad por daños del deudor en ese caso más intereses, con la actualización del valor de la moneda por los índices oficiales. En el “párrafo único” del mismo artículo se configura el incumplimiento definitivo, indicándose, que si la prestación debido a la mora, se

⁹⁵¹LARENZ, K. , Derecho de Obligaciones - Tomo I. Madrid , 1958 p. 350.

tornara inútil para el acreedor, este podrá rechazarla y exigir la satisfacción de los daños.⁹⁵²

En ese sistema normativo, salvo norma expresa en contrario, no es relevante respecto al daño indemnizable, el factor de atribución en la responsabilidad contractual, son indemnizables todos los daños generados causalmente por el evento dañoso, en el caso, la demora en la ejecución de la obligación por el deudor.⁹⁵³

El C.C y Co. argentino también recoge una visión unitaria de la mora, tanto la del deudor como la del acreedor y al igual que el brasileño establece que la mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación, en tanto que la del acreedor se verifica si se rehúsa injustificadamente a recibir el pago ante una oferta del deudor. En cuanto a los límites del resarcimiento, consagra la teoría de la causalidad adecuada, pero el art. 1728 hace referencia a la previsibilidad contractual, si la conducta del deudor incumplidor es "culposa" debe las consecuencias previsibles al tiempo de celebración o nacimiento del contrato; en cambio cuando existe "dolo" – intención de incumplir - del deudor, la reparación se extiende hasta las consecuencias previsibles al tiempo del incumplimiento.

9.4. Pretensión indemnizatoria autónoma de daños

La pretensión indemnizatoria es un remedio que tiene la función de reparar los daños producidos al acreedor, en diferentes supuestos. Cada uno de éstos, determinan pretensiones indemnizatorias de contenidos diversos. Como se indicó (9.3) al solicitar la ejecución forzada ante un incumplimiento temporal, puede acumularse a esa pretensión, la pretensión indemnizatoria de los daños moratorios padecidos.

⁹⁵² “Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.”

⁹⁵³ Como excepción, la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compra venta internacional de Mercaderías, ingresada al sistema brasileño por Decreto nº 8.327/2014, limita la indemnización del daño a cargo del deudor incumplidor a los daños previsibles a la conclusión del contrato.

Si se opta por promover la pretensión resolutoria en los pactos parasociales bilaterales o en su caso la exclusión del sindicado del contrato plurilateral, esta pretensión puede acumularse a la que nos ocupa de indemnización de los daños compensatorios producidos por el incumplimiento del deudor.

Si la ejecución de la prestación debida no es posible por algunas de las razones expuestas en el numeral 9.2 o siendo posible no satisface el interés del los acreedores, estos disponen de la posibilidad de reclamar los daños compensatorios, los mismos se caracterizan como todos aquellos que no son daños moratorios.

En Argentina el C.C y Co de la nación define el daño resarcible, en la dogmática clásicamente se discutía si el daño era la lesión a un derecho o un interés, no reprobado por el ordenamiento o la repercusión de las consecuencias nocivas de la lesión. En su artículo 1737 el C.C y Co, indica que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado, de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

A nivel teórico, el concepto *daño* podemos tipificarlo como la alteración negativa o desfavorable, modificación adversa, al interés de una o varias personas respecto de un bien, *bien* podemos referirlo como cualquier objeto de satisfacción de necesidades humanas, el *interés* como la posibilidad de satisfacción de una necesidad de un sujeto respecto de un bien.⁹⁵⁴ El daño resarcible o indemnizable ya no se identifica con la sola lesión a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, daño en sentido amplio, sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el daño hay una relación de causa a efecto. El daño resarcible es esto último.⁹⁵⁵ De esta forma no es posible valorar el daño y cuantificar la

⁹⁵⁴DÍAZ, H. “El Daño Jurídico aportes a su definición y tipificación”, en *ADCU*, t. LI, Montevideo, 2021, p. 897.

⁹⁵⁵PIZARRO, R.D, “El concepto de daño en el Código Civil y Comercial”, *Rev. de Responsabilidad Civil y Seguros*, mensual, año 19, nro, 10, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 13-29

indemnización por la sola lesión a un interés o a un derecho, esta última es un requisito indispensable, pero no suficiente para que haya daño resarcible y derecho a la indemnización. El resultado perjudicial no es, una consecuencia del daño, sino el daño mismo.⁹⁵⁶ Existen dos tipos de modificaciones adversas resarcibles: las patrimoniales y las extrapatrimoniales.⁹⁵⁷ La legislación de los sistemas considerados, no admite un tercer género de consecuencias dañosas. Así las variantes en el proyecto de vida, mencionadas por ejemplo en el art. 1738 del CC y Co. no configuran un tercer tipo de daños, sino que se alude al daño que como consecuencia de la lesión al proyecto de vida será indemnizable, que será patrimonial o extrapatrimonial.

Ante el incumplimiento definitivo de la obligación, el acreedor tiene derecho a peticionar la indemnización de todos los daños compensatorios producidos. A su vez, el acreedor puede reclamar, además, los daños moratorios causados por la demora en el pago de la indemnización de daños compensatorios.⁹⁵⁸

Para el incumplimiento de obligaciones originadas en pactos parasociales, podrá promoverse la pretensión indemnizatoria autónoma, la dificultad reside tal como ha destacado la dogmática española de forma profusa, en probar y cuantificar el daño. De esta forma si bien reclamar el daño padecido, ha sido postulado como el remedio por antonomasia,⁹⁵⁹ también ha sido calificada esta pretensión de quimérica.⁹⁶⁰ Hay acuerdo en que al menos en lo referido a los sindicatos de voto será difícil demostrar el daño padecido por haber prevalecido una mayoría en vez de otra.⁹⁶¹ Esto ha generado la sugerencia de pactar cláusulas penales, o liquidaciones anticipadas del daño. (Capítulo octavo 8.2.2)⁹⁶²

⁹⁵⁶GAMARRA, J. *Tratado....op.cit.* t. XXV, p. 40-50

⁹⁵⁷*Ibid.* p. 132-150; DE AGUIAR DIAS, J., *Da responsabilidade civil* 12. ed., actualizada de acuerdo con el Código Civil de 2002, ampliada por BERFORD DIAS, R.. EdLumen Juris, Rio de Janeiro, 2012, p. 839, esto más allá que en Brasil, existen temas semánticos con el daño, así los llamados daños existenciales, o daños sociales se distinguen del daño moral, pero todos ellos son daños extrapatrimoniales, solo que antaño el daño extrapatrimonial era llamado “moral”.

⁹⁵⁸MARIÑO LÓPEZ, A. *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario....op.cit.* 809

⁹⁵⁹MARTÍNEZ ROSADO, J. *op.cit.* p. 129

⁹⁶⁰GARRIGUES, J., “Sindicato de accionistas”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado op.cit.*, p. 96

⁹⁶¹FELIU REY, J., *op.cit.* p. 23; MARTÍNEZ ROSADO, J. *op.cit.* p. 129; PAZ-ARES, C., “El Enforcement...”, *op. cit.*, p. 29; PÉREZ MORIONES, A., “Los sindicatos de voto...”, *op. cit.*, p. 436-437

⁹⁶²v. nota 774

Pero las dificultades continúan incluso a nivel de causalidad, y para varias modalidades, cual es el daño porque se haya votado la moción uno en vez de la dos dependerá de lo que ocurra, por ejemplo, no se votó la fusión con otra sociedad, o pasando a la modalidad de pactos que refieren a situaciones jurídicas individuales, cual es el daño por haberle vendido las acciones a un tercero.

El daño indemnizable refiere a todo el daño previsible que el acreedor ha padecido por el incumplimiento definitivo de la obligación, salvo los supuestos de dolo, o todo el daño en el sistema brasileño en cualquier caso.

Como daño debe considerarse el valor de la prestación, para los defensores de la postura de la *perpetuatio obligationis* esta sería la ejecución por equivalente, para los defensores del *id quod interest*, porque ese es el perjuicio padecido. A lo que debe adicionarse, los daños moratorios causados por la demora en el pago de la indemnización de daños compensatorios, lo que se resumirá al pago de intereses.⁹⁶³

Rechazada la tesis de la *perpetuatio obligationis* de todas formas, no habrá que pensar cuál era el valor de la prestación *aestimatio rei*, sino que daños se generaron, de forma que si no hubo daño para los sostenedores del *id quod interest*, no habrá derecho a indemnización (supra 9.1).

Esto implicará la existencia de un daño, la relación de causalidad -conexión del este con el incumplimiento, evento dañoso-, luego la relación de atribución, conexión con un determinado sujeto, debiendo precisarse cuál es el factor de atribución aplicable.

Del comportamiento inconforme a Derecho del sindicado pueden originarse daños a la sociedad, esta puede estar legitimada para promover la pretensión indemnizatoria cuando el convenio es eficaz a su respecto, sea por haberlo otorgado, lo que hemos admitido, sea porque por imperio de la ley los efectos se han trasladado a ella, además, de a los socios o accionistas sindicados individualmente considerados, incluso terceros, una sociedad controlada que padece daño por la conducta de los administradores de la controlante, que se apartan del pacto parasocial, en particular

⁹⁶³GAMARRA, J. *Responsabilidad contractual*, T. 1, *op.cit.* p. 44 y p. 254; si bien el abordaje del tratadista presenta una inconsistencia relevada por Mariño López, en efecto, el referente del derecho civil uruguayo del siglo pasado, rechazaba de forma contundente la la admisión de la *perpetuatio obligationis* pero luego alude para fundar el reclamo de daños moratorios que lo que recibe el acreedor es un equivalente en dinero, véase MARIÑO LÓPEZ, A. *Tratado ... op.cit.* p. 805 n. 52

cuando este sea oponible a terceros. Adicionalmente la sociedad puede resultar demandada, por el incumplimiento del pacto parasocial en los casos en que eran exigibles al presidente ciertos comportamientos que no desarrolló sin perjuicio de su derecho de repetir contra este.

Un aspecto relevante es la causalidad, los sindicados serán responsables del daño causado por el evento dañoso incumplimiento de su parte, pero muchas veces el daño en este tipo de convenios se genera de forma indirecta. En el pacto parasocial podría preverse que serán responsables de los daños que se generen directamente a la sociedad o a los accionistas o socios y de los que se generen indirectamente. El resarcimiento del daño indirecto, comprende, por ejemplo, situaciones en que la conducta de los sindicados produce un detrimento en el patrimonio social que indirectamente afecta a los restantes. De no haberse previsto esto, quedaría reservado el daño resarcible a hipótesis en que el perjuicio, se genera directamente en el patrimonio del accionista sin tomar en cuenta daños padecidos por la sociedad que indirectamente afectan a aquellos. Si solo puede indemnizarse el daño directamente causado, debería rechazarse una demanda, con base en que el daño verificado no es directo, sino solo un reflejo del impacto sobre el patrimonio social. Por ejemplo si contra lo definido por el sindicato, se realizara un negocio a un precio vil, la pretensión resarcitoria de los accionistas sindicados, debería desestimarse pues el daño no es el resultado del comportamiento asumido, sino que la disminución del patrimonio social, solo por repercusión se traducía en un detrimento patrimonial para los sindicados. Si bien caso de dolo se deben indemnizar los daños previsibles e imprevisibles, y en este tipo contractual, los daños que se deben indemnizar son los *causados* por el evento dañoso, esto lleva al análisis del siempre dificultoso problema de la causalidad y las respectivas posiciones al respecto (equivalencia de causas, próxima, adecuada, eficiente).⁹⁶⁴

El incumplimiento de regla en este tipo contractual va a ser imputado a título de dolo, tenía que votar en un sentido y lo hizo en otro, debía ofrecer las acciones al otro sindicato y se las vendió a un tercero. Por la forma en que se delinea el hecho

⁹⁶⁴ Eligiendo una de las tantísimas obras sobre el tema en la dogmática del *civil law*, para un panorama actualizado véase, SAMPAIO DA CRUZ, G. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 33-311.

dañoso, en el sistema de responsabilidad extracontractual el dolo implica la intención de provocar un daño, el protagonista de la conducta tiene voluntad de agredir la esfera jurídica ajena, en cambio en el ámbito contractual en que nos ubicamos ahora, consiste en la voluntariedad del incumplimiento atiende exclusivamente a la negativa voluntaria a cumplir la prestación ⁹⁶⁵

Otro asunto relevante es la incidencia del apartamiento de la conducta debida en el resultado dañoso, por ejemplo si un sindicato díscolo, vota solo, es claro que será responsable de la totalidad del daño, pero en caso que vote con otros socios o accionistas no sindicados haciendo que pasen a ser mayoría, se presenta el problema de determinar que cuota parte de la responsabilidad por el daño generado le cabe, la incidencia causal de su conducta en el acto colectivo –acuerdo de la junta, resolución de la asamblea- o si el voto contrario a lo pactado puede conformarse como evento dañoso de por sí; nos parece preferible esta segunda alternativa.

Esto, siempre considerando que algún daño se genere, pues de sostenerse la tesis del *id quod interest*, en caso contrario, ninguna indemnización cabrá. Así, si por ejemplo debe contratarse a un técnico para un puesto clave y el grupo que integra el incumplidor decide contratar a *Orazio* y en cambio el incumplidor vota por contratar a *Virgilio*, ambos destacados en su especialidad y con precios similares, desde esa postura será muy difícil acreditar el daño, si los integrantes del sindicato hubiesen resuelto por ejemplo por heurísticos o sesgos cognitivos.

Este remedio parece insatisfactorio respecto al interés del deudor; por el tipo de prestaciones asumidas que son mediatas respecto a la finalidad buscada y lo que involucra el asunto, la indemnización resultará un espectral remedio obtenido luego de un proceso que puede tardar años. A diferencia de lo que ocurre en los contratos sinalagmáticos con tipicidad legal o social en los pactos parasociales la indemnización no es el remedio apropiado salvo casos excepcionales de palmario daño a la sociedad o a los pactantes. ⁹⁶⁶

⁹⁶⁵ Cf. GAMARRA, “J. Tratado.....” tomo XII p. 125, AMORÍN, M. “Responsabilidad Civil de los Directores.....” *op.cit.* p. 262-263, en la Argentina acompañan esta postura ALTERINI A.A, AMEAL O.J, LÓPEZ CABANA R.M Curso de Obligaciones T.1, opinan que el concepto “dolo” comporta intención de dañar en el sistema uruguayo, CAUMONT, A. “Una reflexión crítica sobre el dolo como vicio del consentimiento” ADCU, Tomo XXXVI p. 586-587. MARIÑO LÓPEZ, A. *Tratado....* ob.cit. p. 478-479

⁹⁶⁶FELIU REY, J., *op.cit.* p. 334; MARTÍNEZ ROSADO, J.*op.cit.* p. 130.

9.5 Extinción del vínculo con el incumplidor

Se caracterizó la especie convenio de sindicación del género pacto parasocial como un contrato plurilateral, indicándose la respectiva regulación en subsidio, que corresponde en los sistemas español, argentino, brasileño y uruguayo (Capítulo tercero, 3.4, lit. e). Esto hace que entre las alternativas del acreedor se ubique el poner fin al vínculo respecto al deudor a la que podrá sumar la indemnización de los daños padecidos, así como disolver todo el vínculo. Si se trata de un pacto parasocial bilateral, aplicarán al mismo las reglas de este tipo de contratos, si es unilateral, los de estos.

Respecto a cuáles daños puede reclamar al realizar esta opción para los contratos bilaterales o sinalagmáticos, allí corresponde la reasunción de derechos por las partes del contrato extinguido, lo que les da derecho a su vez a reclamar las restituciones.⁹⁶⁷

En España clásicamente se distinguió entre interés positivo, el que ubica al acreedor en la posición similar a si el contrato se hubiera ejecutado y negativo el que lo ubica tal como si el contrato no se hubiera ejecutado.⁹⁶⁸

Resultan compatibles en la materia las afirmaciones de Pantaleón Prieto, debe indemnizarse el interés positivo, en cuanto a su determinación, señala Gamarra que el acreedor no tiene derecho a obtener todo el daño causado por la falta de la contraprestación porque a su vez no debe cumplir la suya; el daño consiste en la 'diferencia de valor entre las reciprocas prestaciones, además de ello, el crédito indemnizatorio abarca todo el lucro cesante y el daño que sufre por el fracaso de la operación económica.⁹⁶⁹ Pantaleón agrega que la resolución tiene efectos *ex tunc*, pero

⁹⁶⁷CAFARO, E. –CARNELLI, S. *Eficacia Contractual*, op.cit. p.92-96.

⁹⁶⁸ Para un relevamiento de la doctrina española en la materia, Feliu Rey, J. op.cit. p 348-349

⁹⁶⁹GAMARRA, J., *Responsabilidad contractual*, T. I, ob.cit p.44-48, en postura contraria se encuentra Llamas Pombo quien -como señala Mariño- por su postura sobre la responsabilidad contractual diferencia "equivalente pecuniario" e "indemnización de daños y perjuicios", pues, según él, satisfacen intereses diferentes: el primero (cumplimiento por equivalente), satisface el interés positivo; el segundo (daños y perjuicios), satisface el interés negativo. LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, op.cit. p. 203-204. La distinción se basa en la postura del referido autor por la *estimatio rei* y la *perpetuatio obligationis*. Agrega el catedrático salamantino en cita: "*Parece evidente que la resolución del contrato, en cuanto tiende a lograr una reposición causal ante contractum, cubre el interés negativo del contratante insatisfecho*"; por ese motivo, cierta doctrina sostiene, con

solo en el sentido que las partes han de restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas, pero no puede quedar dudas que no afecta otras estipulaciones contractuales relativas a la solución de litigios, o que disciplinan los derechos y deberes de las partes en caso de resolución y agrega que todo esto se da a excepción de los casos de relaciones duraderas.

Para los pactos parasociales que comporten relaciones duraderas, como los contratos plurilaterales de organización asociativos que hemos analizado, deberá indemnizarse el interés positivo, no verificándose en esa situación probablemente restituciones, no serán atinentes las consideraciones respecto a cómo determinarlos daños en caso que estas correspondieran.

Para los pactos parasociales bilaterales o sinalagmáticos los conceptos pertinentes son los del derecho de los contratos, en cuanto a la posibilidad de poner fin al vínculo ante el incumplimiento.

Verificado el incumplimiento los acreedores deberán escoger un remedio, deberán articularse en caso de pluralidad de integrantes, los mecanismos para que se adopte la decisión y los mismos concurren a la justicia habiendo optado por uno de los remedios posibles.

En todos los sistemas analizados se prevé el remedio resolutorio, 1124 CC. español, art. 1431 del C.C. Uruguayo, art. 1083 C.C y Co. argentino, art.475 C.C brasileño. Si bien el fundamento del remedio resolutorio es la reciprocidad e interdependencia de las obligaciones surgidas en los contratos bilaterales sinalagma funcional,⁹⁷⁰ en ciertas legislaciones esto se consagra para todos los contratos (art. 475 C.C brasileño)

El Derecho argentino, (art. 1083) habilita la resolución y esto aplica a los contratos bilaterales, pero también a los contratos asociativos arts. 1442 a 1447 del CC y Co,. En el C.C uruguayo para las sociedades civiles cuyas normas resultan de aplicación a los pactos parasociales plurilaterales, el artículo 1926 del Código Civil

buena lógica, que cuando éste opta por tal resolución, la indemnización no puede dirigirse a satisfacer el interés de cumplimiento frustrado, sino únicamente los daños sufridos en el interés de confianza depositada en un contrato que resulta finalmente fallido por culpa del deudor". Para los sostenedores como Mariño López de la tesis del *id quod interest*, "en el supuesto que la prestación es imposible de ejecutarse, el acreedor puede pedir la resolución del contrato o la pretensión autónoma de daños. En este último supuesto, no se cumple la misma prestación por un equivalente, sino que se pagan los daños causados (*id quod interest*). " MARIÑO LÓPEZ, A. Tratado op.cit. p. 823, nota 89.

⁹⁷⁰GAMARRA, J., Tratado...., op. cit. T. XVII, p. 40-47

prevé la resolución del contrato de sociedad civil en caso de incumplimiento de uno de los socios de la obligación de realizar los aportes asumidos, esto sin perjuicio de la resolución parcial del contrato, en caso que los restantes socios tengan interés en mantener el vínculo.⁹⁷¹

Si el cumplimiento tardío de la obligación, no satisface el interés de los sindicados a quienes se les faltó, pueden optar por la resolución total o parcial del contrato. Los presupuestos que se requieren para que la resolución del contrato por incumplimiento, consisten en el denominado incumplimiento material, exigibilidad no seguida de cumplimiento, que el incumplimiento sea grave y que el acreedor haya cumplido o esté dispuesto a cumplir; la demanda resolutoria determina el incumplimiento definitivo.

El cese de la eficacia contractual, tratándose de un contrato de ejecución continuada, de tracto sucesivo, tendrá efectos *ex nunc* –hacia el futuro– no *ex tunc* propios de la reasunción de las respectivas situaciones que se tenían antes del contrato, característica de la resolución de los contratos bilaterales o unilaterales cuando es admitida en este último tipo de negocios.⁹⁷² Como proceder de forma ordenada en estos casos puede ser conveniente sea regulado también en el pacto parasocial, incluso los deberes propios de la etapa post contractual, las obligaciones que incumben a las partes después de consumado el vínculo, o concluido.⁹⁷³

El incumplimiento de la obligación debe ser grave o esencial para habilitar la promoción por el acreedor de la pretensión resolutoria, si bien esto no se prevé en todos los casos en el derecho positivo, se considera ajustado que el

⁹⁷¹. DE CORES, C.-GAMARRA, R. -VENTURINI, B., Tratado Jurisprudencial y Doctrinario Incumplimiento del contrato, *op. cit.*, p. 462-463.

⁹⁷²GAMARRA, J. “Tratado.....” *ob.cit.* T. IX, 2da Ed. Mdeo. 1972 p. 228.

⁹⁷³ Excede el objeto del presente ingresar a analizar la conformación de la responsabilidad postcontractual, si encarta dentro del subsistema contractual o extracontractual y sus características, al respecto puede consultarse, RODRÍGUEZ RUSO, J. “Contrato y responsabilidad civil. A propósito de la responsabilidad postcontractual y su disciplina jurídica.” *ADCU*, t. XLV, 2015, p. 929-945, en la argentina, LEIVA FERNÁNDEZ, L., “La responsabilidad postcontractual”, en Trigo Represas, F., *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales*. Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2002p. 1336-1342; DE CORES, C. “Responsabilidad “postcontractual”: historia de una Idea” *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* nro.10(3), setiembre-diciembre, 2018, p. 291-303

incumplimiento que habilita la resolución, es el que afecta la funcionalidad de la relación obligacional y determine la insatisfacción definitiva del interés del acreedor.

Sin embargo, se han establecido límites a esta posibilidad, en particular relacionados con el retraso en la ejecución. El TS español ha resuelto tradicionalmente que el mero retraso en el cumplimiento de la obligación no faculta a la parte cumplidora a resolver el contrato por no constituir un incumplimiento grave o esencial, y se ha mostrado refractario a amparar comportamientos oportunistas en los que el acreedor ya no se encuentra interesado en el cumplimiento de la prestación y decide aprovechar el retraso para fundar la resolución y así desvincularse, salvo claro está que se hubiera otorgado al mero retraso aptitud para fundar la resolución en el marco de la autonomía privada, debe tomarse en cuenta que el artículo 1124 del C.C. español, no contempla el retraso como circunstancia que permita la resolución. En 2016 se dictó una sentencia, de la que surge que el retraso puede justificar la resolución del contrato cuando, conforme a la buena fe, no quepa exigir al acreedor que continúe vinculado al contrato, en ese caso el acreedor deberá dejar claro a la otra parte del contrato dónde se sitúa su límite a la tolerancia del retraso.⁹⁷⁴

En los pactos parasociales, la ponderación, puede ser compleja, vg. venta de algunas acciones a un tercero incumpliendo los procedimientos previstos, voto por no despedir al Gerente en directorio con anuncio que es solo esto y hace cinco años que acata todo lo resuelto, entre un sinfín de circunstancias posibles, una vez más queda claro que los mecanismos de garantía deben operar de forma eficiente en este tipo contractual, igualmente, resulta aconsejable que para evitar que también el remedio resolutorio – o rescisorio- y pueda prosperar, deberá establecerse que el incumplimiento de cualquier obligación aún secundaria o el apartamiento del proceder apropiado conforme a la buena fe objetiva habilitará la exclusión del incumplidor, de todas formas este remedio debe tramitarse a nivel judicial. Esto puede pactarse además como una cláusula resolutoria expresa respecto al vínculo del sindicado incumplidor.⁹⁷⁵

⁹⁷⁴ STS de 25 de mayo de 2016 [348/2016] comentario de GREGORACI, B., “Resolución por retraso. A propósito de la STS de 25 de mayo de 2016 [348/2016] (Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleón Prieto)” en ADC, tomo LXIX, 2016, fasc. III, p.1097-1132.

⁹⁷⁵ Sobre la distinción entre cláusula resolutoria, condición resolutoria y pacto comisorio, CAFARO, E. – CARNELLI, S. *Eficacia Contractual*, op.cit. p. 166-175 quienes indicaban “La condición resolutoria supone un hecho previsto en el negocio cuya verificación ocasiona la extinción de los efectos.” “Mientras que la condición resolutoria expresa se funda en una circunstancia ajena a la causa del contrato externa a la interdependencia recíproca y funcional de las prestaciones del mismo, la cláusula resolutoria y el pacto comisorio encuentran su razón de ser en el incumplimiento del deudor, lo cual afecta la relación

En los denominados pactos de atribución que presentan estipulaciones para otro, corresponde analizar la posibilidad de solicitar la resolución del contrato. La obligación del promitente surge de un contrato pactado entre él y el estipulante -en este caso los otorgantes del pacto parasocial pueden reunir ambas condiciones-cuya finalidad es beneficiar a un tercero. Tanto el estipulante como el beneficiario, pueden ejercitar la acción de cumplimiento, pero el beneficiario no siendo parte del contrato no puede pedir la resolución.⁹⁷⁶ Cabe preguntarse, como lo hace Feliu Rey, si es posible pedir la resolución luego de la aceptación por el tercero; este autor siguiendo a Díez Picazo, indica que habiéndose aceptado la estipulación realizada en favor del beneficiario la su situación “*se ha tornado irrevocable, la resolución por el prominente o por el estipulante viola ese derecho,*” por lo cual, algún sector de la doctrina niega la posibilidad de resolución en tal caso y otros, por el contrario, admiten la resolución, aunque con la obligación de salvaguardar el derecho del tercero o indemnizar los daños experimentados por éste. La aceptación por el tercero de la estipulación establecida a su favor, supone una declaración de voluntad dirigida esencialmente a impedir la facultad revocatoria de dicha estipulación, finalidad que se produce una vez que dicha aceptación ha sido comunicada lo que puede hacer el tercero beneficiario en forma expresa o tácita.⁹⁷⁷ Como señala Gamarra, el derecho del beneficiario existe antes de la aceptación, solo que esta “*consolida un derecho del cual ya es titular, impidiendo el ejercicio del poder de revocación por parte del estipulante*”, sin embargo esto no impide, que el promitente renuncie al derecho potestativo de resolver el contrato ante el incumplimiento del estipulante, señala el tratadista, que la obligación del promitente surge de un contrato celebrado entre él y el estipulante, por tanto el estipulante, tiene también además del beneficiario, el derecho de accionar contra el promitente para

sin alagmática y provoca la pérdida de interés del acreedor.” “*...se plantea la cuestión relativa a si es lícito que los contratantes estipulen que el incumplimiento por cualquiera de las partes de todas o determinadas obligaciones producirá por sí solo la resolución de pleno derecho o automática del vínculo contractual, estipulación esta que se identifica bajo el nombre de cláusula resolutoria*” y concluyen que el interés que protege es el del acreedor al que se le ha faltado, por lo que solo éste podrá si lo entiende del caso invocarla. Para ello no deberá tramitar un proceso que concluya declarándolo, sin perjuicio que, “ante impugnación concreta del deudor que controvierte el hecho mismo del incumplimiento, este podrá acudir a la justicia, pero los contratantes están en condiciones desde que se produjo el incumplimiento que puso fin al contrato de disponer con terceros la prestación que habían comprometido con quien incumplió generando la extinción de pleno Derecho de los efectos del contrato.

⁹⁷⁶GAMARRA, J.; *Tratado ..*, op.cit. t. XV, Montevideo, 1973, p. 67.

⁹⁷⁷DÍEZ PICAZO, L. “*Fundamentos...*”, t. II, op. cit., p. 820; FELIU REY, J. op.cit. p. 347

obligarlo a cumplir con lo pactado y agrega. “*De no admitirse este criterio parece que también habría que negarle el derecho a reclamar la resolución, lo cual sería evidentemente absurdo*”. En definitiva si se promueve la resolución –rescisión- del contrato o la exclusión del socio incumplidor, este deberá los daños además de a los otros sindicados al beneficiario, que en los pactos de atribución suele ser la sociedad.⁹⁷⁸ El art. 1028 del C.C y Co argentino, edicta sobre este asunto, que el estipulante puede exigir al promitente el cumplimiento de la prestación, sea a favor del tercer beneficiario aceptante, sea a su favor si el tercero no la aceptó o el estipulante la revocó y resolver el contrato en caso de incumplimiento, sin perjuicio de los derechos del tercero beneficiario.

9.6 Tutela inhibitoria

En el moderno Derecho de Daños, existen dos funciones de la responsabilidad civil que a primera vista pueden parecer contradictorias, la preventiva, busca justamente evitar el evento dañoso y así impedir que nazca la obligación resarcitoria, negarlo implicaría admitir el derecho de dañar indemnizando. La otra función es la clásica, la resarcitoria que contemporáneamente, tiene foco en el acreedor, en indemnizar a la víctima y no ya en castigar al deudor.⁹⁷⁹

La regulación del nuevo C.Cy Co. argentino hace que esa aparente poca relación de un aspecto y otro sin embargo confluyan, en efecto el art. 1713 de dicho código establece que la “*sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad*”.

En definitiva se termina creando una obligación, un comportamiento eliminar la “situación” que comporta riesgo de que se verifique o se agrave el daño. Habiéndolo dispuesto alguien dotado de poder para ello –juez-, se requiere desplegar un determinado comportamiento para evitar el daño. Para que nazca esa obligación creada

⁹⁷⁸GAMARRA, J.; *Tratado ...*, op.cit. t. XV, Montevideo, 1973, p. 67. Estas conclusiones son trasladables al sistema brasileño art. 436 a 438 del C.C. de ese país.

⁹⁷⁹LAMBERT FAIVRE, Y., “La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”, en. ALTERINI, A. A. – LÓPEZ CABANA, R. M., *Derecho de Daños*, op.cit. p. XIII y ss

por imperio judicial, los presupuestos son sustancialmente diversos a los que corresponde analizar para que nazca la obligación resarcitoria que requiere justamente la existencia de un daño, el que, en la fase preventiva, se trata de evitar.

Siendo eficaz frente a la sociedad el pacto parasocial en los sistemas donde esto es posible, la tutela preventiva puede desarrollarse a través de una medida cautelar. En Uruguay, el art. 311.1 CGP establece que *“las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso, tanto contencioso como voluntario”* y el art. 311.2 que *“se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar...”*, a tales efectos en caso de peligro de frustración del derecho y de inminencia de generación de daños, por el apartamiento de lo debido por parte de los sindicatos sea que su obligación refiera a la actuación en los órganos sociales, sea que involucre otros comportamientos referidos a sus derechos económicos, podrán solicitarse dichas medida de prevención.

Similares conclusiones caben para el sistema brasileño, si se aprecia que pueden existir irregularidades en la asamblea o en la reunión del directorio de forma que las medidas de tutela preventiva que recaen en el presidente o las de autotutela a favor de los propios damnificados que pueden votar por quien no está dispuesto a cumplir, se vean obturadas por algún tipo de alcaldada del presidente, o por su proceder omiso, el Código de Proceso Civil, ley 13105/2015, en sus arts.300 y siguientes regula las medidas que pueden adoptarse a los efectos indicados.

La situación no varía si el pacto social no es eficaz respecto a la sociedad, ni en el derecho uruguayo, ni en el brasileño. La posibilidad se mantiene enhiesta en el sistema argentino, en este justamente, es donde se encuentra regulada de forma pormenorizada la tutela inhibitoria, que no requiere del incumplimiento que genera el daño sino que parte de una visión diametralmente opuesta, evitarlo. Claro que puede no tenerse noticia del riesgo de daño, por ejemplo, de que un sindicato se va apartar de lo debido, votando en sentido diverso al que corresponde, pero también puede haber elementos que hagan probable dicho evento dañoso.

Dicha solución tampoco encuentra óbice, a mi juicio, en sistema español por la vía de las medidas cautelares (art. 728 LEC y art. 726.2 LEC). En cuanto a la prueba, la misma se ve facilitada hoy por los intensos rastros documentales que se generan en la sociedad de la información -la más epistolar de todos los tiempos- que tiene superabundancia de discurso escrito incluso sirviéndose de nuevos signos “emojis”, de forma que hoy los desencuentros y desavenencias se encuentran, de sólo, profusamente documentadas, por lo que el peligro de la frustración del derecho tendrá más posibilidad de ser acreditado hogaño de lo que era antaño en este tipo de situaciones.

VI. CONCLUSIONES

1. Los pactos parasociales, entrado el siglo XXI, constituyen una herramienta fundamental en cualquier sociedad, al haber quedado muy lejos en el tiempo aquellas opiniones que, desde una perspectiva institucionalista de las sociedades mercantiles, los veían como algo sibilino y maculado, llamativas hoy día por cuanto la invocación a la democracia que efectuaban resulta paradójal. En efecto, salvo en las cooperativas de primer grado, donde a cada socio corresponde un voto, en los restantes tipos sociales, el que tiene mayor capital tiene más poder. Los aspectos discutibles hoy día se refieren a la denominada oponibilidad a la sociedad. Resulta poco razonable contemporáneamente, en una sociedad anónima de mediano porte, no contar con una regulación sobre los aspectos que indicamos.

2. Muchas veces procuran una mayoría estable que les permita la toma fluente de decisiones, también que para ciertas decisiones trascendentes, sea necesaria la conformidad de ciertas mayorías especiales o de ciertos accionistas en particular. Llegan incluso a distribuir tareas o sectores de actividad de los cuales deberán ocuparse algunos accionistas en particular. También, regulan las formas de aumento de capital, o los consentimientos para erogaciones o financiamientos de cierta significación; buscan determinar procedimientos para obtener permisos estatales para ciertas actividades o negociar contratos con algunos privados de especial significación en el mercado; procuran establecer reglas de no competencia, sirven para regular la permanencia y el eventual egreso de algunos socios o de todos ellos; vincular el cese de una relación laboral de alguno de los accionistas con el egreso de la sociedad; configurar diversas unidades de negocios y repartir las responsabilidades respecto a la conducción, incluso separarlas de modo tal que en una única sociedad se desarrollen dos negocios que formalmente aparecerán reunidos pero económicamente separados; regular la situación de sociedades controladas; establecer procedimientos internos de manejo de poder y designaciones de ciertos cargos; establecer precios para la eventual venta de acciones y el cálculo sobre ciertas variables o criterios; establecer precios de comercialización o los criterios para fijarlos entre dos sociedades del mismo grupo económico; establecer la obligación de adquirir insumos a alguno de los accionistas. Igualmente, de sólo prevén mecanismos de resolución de conflictos intersubjetivos de intereses o controversias

mediante mecanismos de autocomposición, y agotados los mismos, prevén mecanismos de heterocomposición mediante arbitraje, con la considerable ventaja de la discreción y evitando acudir a ventilar en los estrados las diferencias. Este puñado de ejemplos, son algunos pocos de entre todos los contenidos posibles para este tipo de pactos.

3. En un terreno donde no se logra encontrar, *ex ante*, al débil jurídico, al vulnerable, estos aspectos deben dilucidarse con vistas al contenido concreto del pacto, conforme las normas en materia de eficacia contractual, estudiando los presupuestos del contrato, y los elementos, consentimiento, objeto y causa, conforme con el sistema de los contratos y obligaciones previsto en los augustos códigos civiles de los respectivos Estados involucrados, y considerando las regulaciones positivas, que muchas veces difieren; tomando en cuenta, en sede de objeto del negocio en el sentido de norma jurídica individuada, los límites que surgen de las normas de orden público involucradas.

4. La imperatividad ha sido incentivada por la dogmática en el derecho de sociedades, la imposibilidad de pactar en sentido diverso a lo enunciado en la ley viene muchas veces deducida por vía interpretativa, atendiendo los intereses que se reputan dignos de protección. Los estatutos o contratos sociales son de formulario y los pactos parasociales son otorgados a efectos de la apropiada regulación de los vínculos. Este orden público expansivo, ha sido causa eficiente para la celebración de muchos acuerdos parasociales.

5. Una flexibilización no necesariamente comporta que lo que se regula mediante pactos parasociales vaya a normarse desde contrato social, la experiencia indica en los países donde es posible inscribirlos para obligar a la sociedad, se mantienen muchas veces en reserva, buscando alternativas para asegurar el cumplimiento.

6. Es inapropiada la denominación “sindicación de acciones”, aun en la situación de inscripción del convenio y de los efectos que ello genera en sistemas como el brasileño o el uruguayo, donde cumplidas ciertas formalidades, el convenio obliga a la sociedad. En caso que no exista inscripción, la cuestión ni siquiera podría plantearse; por el principio de relatividad de los contratos, un futuro adquirente de acciones es un tercero, ajeno al vínculo; en tanto respecto a los sucesores universales de un sindicado, v. g., muerte, fusión por absorción, los efectos del convenio de sindicación se transmitirán a los sucesores, como también se les transmitirá la acción —*rectius* el conjunto de derechos que representa—, esta transmisión se producirá por modo sucesión o por fusión

por absorción en el ejemplo antes colocado, pero no como consecuencia de una reipersecutoriedad. Podrá también no operar la transmisión, o podrá no hacerlo para alguna de las obligaciones si del convenio surgieran obligaciones *intuitu personae*, vinculadas, por ejemplo, con la profesión del accionista. Tampoco operará la transmisión si, por ejemplo, el convenio tuviera inserto el plazo incierto muerte de algún accionista, como causa de cese de la eficacia del negocio.

7. Las obligaciones que emergen de un pacto parasocial no son obligaciones *propter rem* respecto de las acciones o partes sociales, en el sentido de documento en soporte físico asociado al conjunto de situaciones jurídicas que comporta el “Estado de Socio”, en caso de inscripción, en el derecho brasileño y uruguayo, se concluye más adelante abundantemente sobre esto.

8. No cualquier contrato celebrado entre los socios encarta en la categoría pacto parasocial, para que ingrese debe referir a las situaciones jurídicas generadas en tanto socios de la sociedad a la que el negocio se conecta. A su vez, no todo pacto parasocial ingresa en la categoría convenio de sindicación, este último supone una organización, la fijación de procedimientos para la adopción de las decisiones a lo interno de dicha organización, estabilidad y permanencia, lo que requiere la regulación de las relaciones entre los sindicatos y de la forma en que procederán frente a terceros, incluida la sociedad. Esto último diferencia al convenio de sindicación, contrato de ejecución continuada, de aquellos contratos de cumplimiento instantáneo, referidos, por ejemplo, a la obligación de votar en un sentido en determinada situación, o a no enajenarle las acciones de que son titulares los pactantes a un determinado sujeto de derecho, por un cierto lapso.

9. Las definiciones de los privatistas que hemos citado dan cuenta de que no hay acuerdo en torno a qué connota la “sindicación de acciones”, o el “convenio de sindicación”; consecuentemente, se generan hesitaciones en torno a los negocios denotados por la expresión. La expresión “**pactos parasociales**” se utilizó en esta investigación para referir a *contratos que son celebrados por socios o accionistas de una sociedad comercial, civil o cooperativa, entre sí o con terceros, en referencia a por lo menos una de las situaciones jurídicas, generadas por normas que toman como presupuesto de hecho sus posiciones contractuales en la sociedad*. En cambio,

“convenios de sindicación” se utiliza para los *“pactos parasociales”*, *que se celebran con el fin de constituir una agrupación voluntaria de personas*. Al constituir un género que agrupa varios subtipos de contratos los pactos parasociales tendrán la respectiva regulación según encarten en una u otra variante.

10. A nivel de Derecho positivo, las referencias en los sistemas jurídicos del *civil law* permiten con mayor o menor intensidad la incidencia de lo regulado o de las decisiones adoptadas en la sociedad. También en cuanto al elemento plazo, para los de duración, no conforman una tipicidad de regulación, pues los pactos parasociales pueden ser de cumplimiento instantáneo, pensemos en la obligación de votar en cierta asamblea en cierto modo o como defina cierto grupo y solamente en esa asamblea. En el género pacto parasocial encontraremos contratos innominados o nominados, por el tipo de pactantes, por ejemplo, acuerdos de accionistas. Encontraremos contratos atípicos y contratos socialmente típicos, como el mencionando “convenio de sindicación” de socios y accionistas, caracterizado por su duración y porque para las sociedades anónimas en el Derecho positivo del *civil law* encuentra regulación el elemento plazo que es esencial por tratarse de un contrato de duración.

11. La participación en el contrato social, así como en el pacto, se otorga con vistas a la realización del mismo objeto económico, el otorgamiento del pacto permite a las partes específicamente la satisfacción de sus intereses particulares y reforzar la satisfacción de los que les brinda la participación en la sociedad.

12. A efectos de distinguir el ámbito social del parasocial se han esbozado varios criterios uno, que podría calificarse de intencionalista, puede ser útil cuando no existen formas para el otorgamiento de variantes al contrato social. Respecto a la autonomía privada y sus límites para las partes al identificar un pacto como social o parasocial; es admisible el pacto parasocial, cuando se desea mantener cierta discreción respecto a algunos aspectos que podrían regularse en el contrato social, los límites son los negativos de la autonomía privada.

13. Respecto a enunciados que se incorporan en el contrato social, pero no forman parte del contenido típico, este criterio no resulta decisivo para efectuar una calificación del negocio. Otro criterio propuesto, los pactos en los que se asumen obligaciones o derechos subjetivos solo entre los socios, aunque la conducta debida incumba a la sociedad, serían parasociales, y los que involucren a la situación del socio frente a la sociedad sociales, en sistemas donde no todas las sociedades gozan de

personalidad jurídica, este criterio no puede prosperar, nunca habría, con este criterio, un negocio social. Otros autores apuntan al tipo de normas que se ingresan por los acuerdos, cuales son su ámbito de incumbencia; se trata de un criterio material lo que se torna asaz impreciso, puede ser útil para describir las normas emanadas de dichos enunciados, pero la casuística es enorme y se parte de un concepto, de por sí polémico, el del interés social, lo que lleva a un análisis caso a caso, que implica indagar en el contenido del pacto. La confusión puede incrementarse en el subtipo convenio de sindicación, que de por sí implica la creación de un mecanismo de organización paralelo, accesorio a la estructura normativa de la sociedad. Tanto el contrato social como el contrato parasocial, en su especie convenio de sindicación, son contratos de organización, por ello, no es posible tampoco afirmar que es social todo aquello que comporta una función organizativa. Aun siendo todos los socios los otorgantes, un acuerdo adoptado fuera de los órganos sociales, sin seguir los procedimientos de formación de la voluntad social, con clara intención de los firmantes de que lo sea, es parasocial. Otro criterio propuesto es el formal, que implica que el cumplimiento de las formas permite subsumir al negocio en la categoría pacto social, siguiendo ese criterio, entonces los negocios celebrados por los socios sin seguir el procedimiento establecido en la ley de sociedades son pactos parasociales. Esto presenta una confusión de base. La manifestación intencional de voluntad de las partes en una convención, debe tipificarse primero para luego analizar los presupuestos, los elementos, y entre ellos el consentimiento, y en este elemento determinar si hay validez o nulidad. Además, si no es un negocio convencional, sino un acto colectivo, no puede ingresar en la categoría pacto parasocial pues no es una convención. Este criterio llevaría a que todo negocio con pretensión de incidir en el contrato social que estuviera inficionado por no cumplir con ciertos requisitos para la manifestación de voluntad vaya a dar a la categoría negocio parasocial, cuando, por ejemplo, podría ser un negocio social nulo. Sin embargo, sí aplica, a mi juicio la inversa, el simple cumplimiento de los requisitos procedimentales y formales da cuenta de la voluntad de las partes de celebrar un acuerdo social.

14. Calificado el pacto parasocial como negocio jurídico, convención, contrato, corresponde el análisis de su existencia, validez y eficacia. En ningún caso, en

oportunidad de una reunión social podrá celebrarse un negocio parasocial, salvo que se dispusiera pasar a cuarto intermedio, de lo contrario se está actuando en el marco de las normas societarias.

15. Cualquier cláusula que se inserte en un estatuto social o contrato social debe ser considerada social, quedando para la especulación teórica si esas disposiciones son usualmente insertas en pactos parasociales o si ni siquiera de sólo se insertan en estos, su contenido.

16. Si en el ámbito de la autonomía privada las partes acuerdan que en caso de no ser admitidas por el registrador ciertas disposiciones, las mismas se asumirán como pactos parasociales; eso se genera justamente en ejercicio de la autonomía privada, si nada pactan, no tendrán virtualidad alguna.

17. En relación con los denominados reglamentos internos, nominados por algunos autores como acuerdos infraestatutarios, este tipo de reglamentos son particularmente abundantes en las cooperativas, que teniendo por objeto brindar servicios a los socios deben regular a través de normas reglamentarias, en detalle, la prestación de dichos servicios, pero también el funcionamiento de la Asamblea General de Socios; los criterios para votar; los tipos de mociones, cuáles deben considerarse de orden, cuáles admiten discusión, cuáles no; cuándo la votación debe ser nominal, entre otro sinnúmero de aspectos. También puede regularse el funcionamiento de los órganos colegiados de administración, forma de reunión, cadencia de las sesiones, derechos de los integrantes. Estas normas encuentran su límite en lo establecido en el estatuto social y en la ley. Los reglamentos en nada se relacionan con los pactos parasociales, responden a actos complejos, no se originan como consecuencia de un contrato.

18. Los órganos societarios dictan actos jurídicos; cuando están integrados por un solo miembro, se trata de un acto unilateral simple; cuando la integración es pluripersonal, se trata de conductas de sus integrantes que son imputadas a tales órganos, de actos colectivos, tales actos no son de naturaleza contractual, carácter que es incompatible con el de acto colectivo, la resolución que dicta el reglamento interno no se forma mediante el consentimiento de distintas personas que forman parte de dicho acto, sino mediante el cumplimiento de reglas en materia de quórum, mayorías y procedimiento, que contemplan la posibilidad de que el acto tenga efectos como tal y obligue a todos los integrantes del conjunto de personas. El acto colectivo no está sujeto al mecanismo de extinción de las obligaciones nacidas de los contratos, por mutuo

consentimiento de los contratantes. La decisión de un órgano que genera por la actuación de sus integrantes un acto colectivo, es revocable mediante un acto en contrario del mismo órgano, acto del que pueden participar integrantes del órgano totalmente distintos a los que hayan adoptado el acto que se revoca, lo esencial para tal revocación es que se adopte conforme con las reglas de quóruns, mayorías y procedimiento, propias del acto colectivo de que se trate, sin que la identidad de las personas que adopten la revocación sea significativa, si se cumple con las reglas citadas. Adicionalmente, los actos colectivos de los órganos societarios, como el que aprueba un reglamento, tienen potencialidad para crear obligaciones para sujetos diversos de los que integran el órgano en el marco de la estructura normativa de la sociedad.

19. La calificación del convenio de sindicación como contrato plurilateral comporta que el mismo no se extinga cuando la parte ejecutó una prestación a su cargo, sino que se trata de una ejecución dilatada en el tiempo. Las prestaciones se realizan en interés común de las partes, el obrar de estas hace posible la obtención del resultado. En tanto el cumplimiento de las otras prestaciones posibilite la consecución del fin y en el mismo orden, no es posible demandar la resolución del contrato por incumplimiento de uno de los pactantes, cuando de cumplirse las restantes prestaciones sería posible alcanzar el fin común. Cada sindicado se ve obligado respecto a todos los restantes. Es inaplicable la *exceptio in adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus*, pues cada uno de los contratantes asume sus obligaciones frente a los restantes componentes personales del pacto, no le resulta posible pretexto la inexecución de la prestación a su cargo, en que uno de los coaligados no haya ejecutado la suya, o no lo haya hecho exactamente. Tampoco es posible de impetrarse la resolución por incumplimiento si la entidad de ese incumplimiento no se constituye en obstáculo insalvable para la consecución del fin común que origina la sindicación; esto ocurrirá, por ejemplo, si en mérito al incumplimiento no es posible obtener la mayoría a la hora de ejercer el voto en el ámbito de un órgano de la sociedad. Asimismo, la validez o invalidez deberá apreciarse respecto a cada manifestación de voluntad, no comportando necesariamente la invalidez de una de ellas, la del contrato.

20. Se calificó al convenio de sindicación como un contrato plurilateral asociativo. No hay tipicidad legal de configuración de los pactos

parasociales, y sí una tipicidad social de algunas de sus especies, entre ellas el convenio de sindicación. La categoría pacto parasocial por su propia amplitud no cuenta con una tipicidad de regulación detallada y se caracteriza en razón de la conexidad con el contrato social y la sociedad en tanto estructura normativa, y es en esta perspectiva que se ha brindado cierta regulación. Contamos con dos *nomen iuris*: el de pacto parasocial para la categoría abarcativa y una específica para su especie convenio de sindicación de socios o accionistas. A su vez, como se dijo, puede aplicarse la tipicidad por combinación a lo regulado en los pactos, donde pueden encontrarse otros contratos típicos insertos o negocios de garantía al propio pacto que cuentan con regulación, como la prenda o el fideicomiso de acciones, un contrato complejo. Hay pactos unilaterales, bilaterales o plurilaterales; de cumplimiento instantáneo o continuado. La especie convenio de sindicación es un contrato de ejecución continuada, plurilateral, y un contrato relacional, porque no se circunscribe a una operación puntual, sino que genera un vínculo dilatado en el tiempo.

21. En los sistemas jurídicos relevados en el presente, solo se regula en forma concreta y específica una variante del tipo convenio de sindicación, el celebrado en conexión con una sociedad anónima.

22. Respecto a la especie convenio de sindicación puede agregarse que la tipicidad de este último como contrato plurilateral asociativo hace imposible que encarte en un negocio fiduciario, por cuanto, no es posible distinguir entre fiduciante (el que transfiere una situación jurídica activa) de fiduciario (el que deviene titular de una situación jurídica activa con un determinado fin).

23. El negocio indirecto es aquel inmaculado, pero que procura un fin prohibido por la ley, es nulo no por ser simulado, sino por violar una norma prohibitiva una prohibición material. El pacto parasocial, y concretamente la especie convenio de sindicación, no ingresan en dicha categoría, en ningún caso podrá dirigirse a un fin diverso del suyo típico el pacto, situándose la cuestión de las disposiciones contrarias a la ley en sede de objeto. Un ejemplo planteado en la doctrina es el del director “títere”, que en vez de comportarse conforme la diligencia media exigible, se obliga a votar siempre según instrucciones de un accionista o un tercero; en ese caso, tampoco encarta la situación en un negocio indirecto, caracterizado por la licitud aparente y el reproche de fondo, en tanto directivamente, la objeción se centra en el objeto, que dependiendo del caso y de lo concretamente regulado podría resultar ilícito.

24. El contrato de *joint venture* incluye disposiciones que se reflejarán posteriormente en los estatutos de la sociedad que se constituya para instrumentar la empresa conjunta y otras que se quedarán al margen, pudiendo recogerse en pactos parasociales. Dicho contrato puede operar como un contrato preliminar del contrato social, de posibles pactos parasociales, marco regulador de la cooperación empresarial o de la alianza estratégica entre los socios. A mi juicio existen dos posibilidades al respecto, o el contrato de *joint venture* tiene el contenido de contrato preliminar respecto a los pactos parasociales y luego se otorga en cumplimiento del mismo el pacto parasocial de que se trate; o en su caso, el contrato de *joint venture* abarca dos tipos contractuales, un contrato preliminar, que contiene obligaciones de hacer, de otorgar el contrato definitivo de sociedad, y un pacto parasocial, que por la conexidad con el contrato social, solo desplegará eficacia al otorgamiento del contrato de sociedad.

25. El convenio de sindicación no conforma una asociación civil. En las asociaciones, el asociado tiene un derecho subjetivo a abandonarlas cuando lo estime conveniente, que por supuesto puede ser regulado, pero no es susceptible de ser abdicado y este es un índice especial del tipo negocial asociación. Esto no ocurre en los convenios de sindicación. En la asociación, existe un derecho subjetivo a abandonarla cuando el asociado lo estime conveniente –más allá de que se regule su ejercicio–, resulta imposible que la conducta del asociado cuando solicita su desafiliación ingrese en el supuesto de hecho de una norma sancionatoria generando responsabilidad civil, lo que tampoco aplica a los convenios de sindicación. A su vez en las asociaciones hay democracia y en los pactos parasociales plutocracia, pues el más rico – el que más partes sociales tiene es el que tiene más poder –, salvo en el caso de los pactos parasociales que acceden a una cooperativa.

26. Tampoco encarta en una sociedad. Si se entregan los títulos en garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas, no habrá aporte alguno sino, justamente, un negocio de garantía. En el sindicato de bloqueo puro resulta más difícil aún percibir la existencia de aporte alguno, en tanto lo que allí se asumen son obligaciones de no hacer –no enajenar

27. El convenio de sindicación tiene tipicidad social y legal incompleta para el caso de las sociedades anónimas, resultando de aplicación en subsidio de las normas legales sobre sociedad civil en los sistemas brasileño, español y uruguayo y sobre contratos plurilaterales en el argentino

28. El negocio es conexo al contrato social, se trata de un fenómeno de conexidad contractual unívoca y funcional, pues lo principal incide respecto a lo accesorio, pero lo accesorio no tiene incidencia respecto a lo principal. El negocio dependiente, conserva su propia autonomía estructural; sigue las vicisitudes del principal, y depende de este, así no produce efectos en tanto no exista el principal. La desaparición de este último importa la desaparición de los efectos de aquel, en ese caso el objeto, si por ejemplo refiere a ejercer el voto de acuerdo con lo resuelto en el sindicato, deviene jurídicamente imposible. Asimismo, sus estipulaciones no pueden ser contrarias a las que genera el contrato de sociedad.

29. En el Derecho brasileño y uruguayo, el pacto parasocial, cuando es celebrado por accionistas de una sociedad anónima y se cumplen los requisitos previstos en las respectivas leyes de sociedades, incide sin embargo sobre lo principal, colocando a la sociedad en situación de obligación, pues genera normas jurídicas que la sociedad comercial, actuando por intermedio de sus órganos, debe observar.

30. La dependencia del pacto parasocial respecto al contrato social se verifica entonces de dos formas: a nivel de eficacia y a nivel de contenido. A nivel de eficacia, el pacto no subsiste a la desaparición de la sociedad, y tampoco a nivel de efectos sobre los otorgantes socios a la pérdida de su condición de tales, salvo los deberes postcontractuales que se pudieran haber conformado. El cese de la eficacia del contrato social o de la estructura societaria, comporta la extinción del pacto parasocial por destrucción del referente de la prestación, en tanto el programa prestacional dice relación con la sociedad considerada.

31. La conexidad tiene incidencia también en el elemento plazo, si el plazo no se prevé y no se regula la posibilidad de desvincularse, el otorgante puede desvincularse alegando que se trata de un contrato sin plazo, y nadie puede estar obligado *sine die*. Es equivocada, la aplicación lisa y llana de conceptos vinculados a negocios accesorios de garantía, que implicarán que los efectos del pacto parasocial deben extenderse en tanto dure la sociedad. Esta regla no puede extraerse, a mi juicio, de los sistemas en examen. A esta conclusión se llega por extraer reglas acotadas a los negocios de garantía, lo que no es apropiado, en los pactos parasociales, a una situación

compleja de situaciones jurídicas se debe adicionar otro conjunto de situaciones jurídicas, lo que conforma la denominada parasocialidad, y no resulta extrapolable lisa y llanamente una lógica de accesoriedad simplemente traída desde las garantías, paradigma de negocio accesorio. Reconocida la posibilidad de desvincularse cuando no se pacta plazo en el convenio de sindicación, el límite es el del abuso de derecho.

32. Otro aspecto relevante de la accesoriedad se relaciona en las sociedades por acciones con la desaparición o transformación de estas o la emisión de nuevas acciones. El convenio es de accionistas y no de acciones y que no se trata de obligaciones *propter rem*. La conveniencia de insertar, una cláusula previendo que todas las situaciones jurídicas que surgen del contrato se extenderán a todas las acciones de la Sociedad, que por cualquier concepto lleguen a ser propiedad de los pactantes y sin exclusión alguna de modo que cualquier nueva acción quede alcanzada, refiere a que estas situaciones jurídicas pueden ser el referente material de la prestación cargo de los sindicados, vg. convenio de bloqueo. En caso de sustitución de las acciones por ejemplo por las razones detalladas en la investigación, si se trata de un pacto parasocial referido a la imposibilidad de comercializar las acciones y alguno de los sindicatarios no hubiera acompañado la operación, este incumplió a título de dolo el pacto en tanto se destruyó el referente material de la prestación; en cambio, si la hubiera acompañado, podría según lo resuelto por el sindicato entenderse verificada una novación por cambio de objeto al variarse los referentes materiales de la prestación.

33. Otra manifestación de la dependencia entre el pacto parasocial y la estructura normativa de la sociedad tiene que ver con la salida de uno de los otorgantes de la sociedad, por ejemplo, en una sociedad anónima, la pérdida de la calidad de accionista. Perdida tal calidad, cesa en su calidad de integrante del pacto parasocial, resultando vinculado a efectos del cumplimiento de las obligaciones que tal pérdida pudiera comportar.

34. La conexión, en lo vinculado al contenido del pacto parasocial, en materia de objeto del pacto parasocial, en el sentido de programa de conducta que crea, es ilícito contrariar el contenido del estatuto, pero deberá profundizarse respecto a cuándo efectivamente se está pautando algo contrario a lo regulado en él, en situación por ejemplo en que el estatuto requiere una mayoría especial para resolver y en el

convenio se pacta una mayoría ordinaria. Esto resulta evidente en la asamblea de socios –junta–, la mayoría será la estatutaria. Sin embargo, la inversa no es de recibo, pues el requerimiento de una mayoría especial cuando en el estatuto la mayoría requerida es la ordinaria, no vulnera lo establecido en el estatuto o contrato social, en tanto al recabarse la mayoría especial se estará alcanzando la estatutaria

35. Ubicándose no en la etapa genética, sino funcional del contrato, en la etapa de cumplimiento de las obligaciones, no es concebible que haya dos comportamientos contradictorios exigibles: uno que tendría como soporte el contrato social y otro el pacto parasocial, en efecto, si el pacto parasocial es posterior, el objeto es ilícito, y si es anterior y el contrato o estatuto fueron modificados, se está en situación de imposibilidad legal de pago. El asunto trasciende el ámbito de la conexidad si son todos los socios los que luego de otorgado el contrato social, por ejemplo en una sociedad de responsabilidad limitada, otorgan un pacto parasocial que contradice lo expresado en el contrato. Se está reformando el contrato social y el incumplimiento de aspectos formales no impacta en la validez y eficacia respecto de los otorgantes, aunque deviene inoponible a terceros.

36. En materia de conexidad también, una regulación diversa contenida en el pacto parasocial puede llevar a pensar en el ámbito de la simulación relativa, con un pacto parasocial “disimulado”, por el contrato social “simulado” divergente de aquel que responde a la realidad de lo querido por las partes. Sin embargo deben distinguirse supuestos diversos, un pacto parasocial, que se aparta de lo edictado en un contrato social, con las consecuencias señaladas en las conclusiones precedentes y el de la simulación, en este último caso, el negocio disimulado es, al igual que el simulado, un contrato social y no un pacto parasocial. Esto no se relaciona con la parasocialidad –que por definición supone un contrato social válido y eficaz–, a la que el pacto parasocial está conectado.

37. Si cambia el contrato social, o el estatuto, por voluntad de socios no sindicados, de modo tal que deviene inconciliable con lo normado en el pacto parasocial, se estará ante la situación de imposibilidad legal del pago temporal. Si el contenido del contrato social volviera a variarse en sentido diverso, estando aún vigente el pacto y el contenido de este último no hubiera sido variado, una vez que la imposibilidad cesó, cesa la imposibilidad de ejecución de las obligaciones asumidas. Esto salvo que hubieran variado otras circunstancias que hagan imposible el pago por

otro motivo, de forma definitiva. Si la imposibilidad es parcial, los deudores seguirán obligados por el resto.

38. En los países donde es eficaz respecto a la sociedad y oponible a terceros, un pacto parasocial, la conexidad en los términos que hemos descrito se mantiene, aunque con particularidades. En esos países, los convenios son susceptibles de ser calificados en dos categorías respecto a la conexidad, aquellos que resultan oponibles a terceros y los no oponibles, sobre ello se concluirá al analizar la inscripción del convenio en algunos sistemas jurídicos.

39. En lo referido a los componentes personales del pacto, respecto a acciones fideicomitidas de propiedad de un fiduciario, una precisión previa, si un sindicato pretende transmitir las acciones en una sociedad a un fiduciario, le serán aplicables las cláusulas incorporadas a la sindicación limitativas en materia de transmisión, a dicha transferencia. Luego pensando en el fiduciario que pretende integrarse al pacto parasocial, deberá acudirse a los enunciados del fideicomiso, para determinar, si está secundado por la ley; si se extralimitó al sindicarse y obró con falta de poder normativo negocial y habrá inexistencia del vínculo. Si se concluye que tenía poder normativo, deberá analizarse si el fiduciario actuó con la diligencia del buen hombre de negocios –art. 16 de la ley uruguaya; art. 1674 del CCyCo argentino–; si este se aparta del parámetro abstracto de conducta que le es exigible y cuyo despliegue constituye, de regla, el cumplimiento de sus obligaciones, el del “buen hombre de negocios”, la respuesta del ordenamiento será la convocatoria a responsabilidad civil, manteniéndose en este caso el vínculo creado con el sindicato, que no existía en el caso anterior, pero tornándose resoluble. Extinguido el fideicomiso, se transmite la acción al fideicomisario –figura solo prevista en el sistema argentino–, o al beneficiario final, o vuelve al fideicomitente, se plantea la situación de imposibilidad de cesión de la parte contractual sin el consentimiento de quien pretende incorporarse y de los restantes sindicatos, que pudo haberse brindado cuando el fiduciario se incorporó al fideicomiso.

40. En cuanto al usufructo para el ejercicio del derecho de voto y los pactos parasociales a tales efectos, el usufructuario, quien asistirá, se inscribirá, y votará y asumirá en su caso la responsabilidad que comporta el voto, votará a nombre

propio y consecuentemente su responsabilidad no puede trasvasarse al nudo propietario.

41. Sobre los convenios celebrados con terceros, esto es, no la propia sociedad, de la que nos ocupamos más adelante, ni los administradores, ni empleados, por ejemplo gerentes o apoderados, sino alguien ajeno a la estructura normativa de la sociedad, en esta categoría ingresaría en principio, entre otros, el celebrado en oportunidad de una enajenación de acciones o partes sociales. Allí quien va a ingresar a la sociedad no es aún socio, en ese caso, el enajenante de las partes sociales o acciones, que deja de ser socio, puede tener interés en mantener influencia en la sociedad, por ejemplo, en tanto titular de una empresa que tiene un flujo de negocios con esta. O en otro sentido, en los denominados pactos de atribución, por los que un tercero se obliga con otros accionistas para con la sociedad, mediante una estipulación para otro, como en el caso en que los enajenantes de acciones se obligan a hacerse cargo de ciertos importes que debe la sociedad por actos celebrados durante el tiempo en que la controlaron. En cuanto a la tipicidad deberá analizarse al calificarlo cada negocio si ingresa en el tipo contractual convenio de sindicación tal como se lo caracterizó –tipicidad de configuración–, lo que incidirá luego en la regulación. En el supuesto descrito es probable que se trate de un contrato bilateral o unilateral y deberá conectarse con el derecho de las garantías; en esa sede deberá procurarse el régimen supletorio y analizarse la licitud. Si se ingresa en un supuesto de control, que no está prohibido, a través del especial vínculo que el supuesto negocio crearía, las consecuencias serán las previstas en las respectivas LS para las hipótesis de control.

42. El concepto terceros debe reservarse para aquellos que no son socios o accionistas, ni gerentes o administradores, ni la propia sociedad. O sea que si la sociedad o gerentes o administradores otorgan el convenio el mismo será registrable tanto en el derecho uruguayo como en el brasileño.

43. Respecto a los otorgantes administradores o integrantes del directorio de en el derecho brasileño esta posibilidad se recoge específicamente para las sociedades anónimas, y la obligatoriedad de lo pactado también. Partiendo de la existencia de un deber de independencia, se concluye que se acotó el ámbito de eficacia material de la norma que establecería la independencia, la que cesa en caso que se haya celebrado un acuerdo que comprometa el voto de los integrantes del órgano de administración. En otros sistemas, la postura que reconduce al vínculo entre los administradores, consejeros, directores y los socios al mandato no es de

recibo. Esto sin que implique apegarse a una visión institucionalista que entendemos superada. Plantear el asunto en términos de: o se acepta el mandato o se es institucionalista, es una falsa oposición. La aceptación del cargo por el director no implica la perfección de ningún contrato, se trata de un doble acto unilateral, la designación uno y la aceptación el otro, que no comporta la aceptación de una oferta, sino que es un acto que hace que la designación surta efectos. Se trata de un acto jurídico y no de un negocio jurídico, no existe en el caso ejercicio de la autonomía privada, no hay poder normativo para regular al respecto, sino que el sujeto pasa a ser el soporte de un órgano, una vez que acepta, y en él recaen todas las consecuencias normativas preimpuestas. Esto no implica que no puedan haber otras vinculaciones entre la sociedad y quien fuera designado administrador, pero estas estarán originadas en otros negocios jurídicos, no pueden confundirse con la integración del órgano societario, esta última constituye la relación básica del integrante del órgano con la sociedad y está fundada en la designación de aquel. La participación de los administradores no repugna a la estructura orgánica de la sociedad, no se comparten los argumentos esgrimidos por abundante doctrina española en sentido contrario. En efecto, esta luego de postular la ilicitud de cualquier pacto que involucre el proceder de los administradores, ingresa a analizar el contenido de lo acordado y si se obligan a actuar defendiendo el interés social o no. Pero, si se parte de que, por la estructura de órganos no es admisible la injerencia, y el negocio es nulo, el ordenamiento no lo secundaría en ningún caso. Distinto es asumir que la mera participación de los administradores no comporta la nulidad del pacto; entonces, de regla este es válido y no como lo ha sostenido gran parte de la dogmática española, salvo que por su contenido se vulnere alguna norma jurídica. Aquí salimos de los componentes personales del pacto, asumida la posibilidad de que puedan celebrarlo, debe analizarse el contenido de lo pactado, un abordaje distinto de sostener la nulidad por la mera participación. Sostener la nulidad por cuanto participen los administradores y luego postular que hay que analizar el contenido no son posturas conciliables, o se entiende que de regla es nulo, o se admite que es válido. Si se admite que es válido, corresponderá analizar, a nivel de objeto, si es lícito que los administradores puedan obligarse a votar en determinado sentido; luego si se admite esto, recién podrá

analizarse si se vulnera el interés social según la prestación que concretamente deben ejecutar, *v. g.*, votar en un sentido u otro, votar siguiendo tal pauta. A mi juicio es lícito que el administrador se obligue a actuar siguiendo lo definido en un pacto parasocial, la respuesta del ordenamiento, para el caso de obrar desajustado a Derecho, transita por la responsabilidad civil de los administradores o directores, si correspondiere. Si lo resuelto por el sindicato importa la adopción de proceder inconforme a Derecho, entonces habrá dos alternativas: o el director incurrirá en responsabilidad civil, según viene de referirse, o no se ceñirá a lo resuelto por el sindicato. En este último caso, no será pasible de convocatoria a responsabilidad por el supuesto incumplimiento originado en no haber obrado conforme resolvió el sindicato que integraba, pues se trata de un supuesto de imposibilidad jurídica en la ejecución de la prestación a su cargo.

44. Respecto a la participación de la sociedad en ciertos ordenamientos se prevé que la sociedad, por un lapso acotado y en función de esas circunstancias, puede devenir accionista. Desde el punto de vista dogmático, no existe óbice para que la sociedad se integre como sindicada en un convenio de sindicación o, más ampliamente, que pueda ser parte en un pacto parasocial, en particular en una sociedad anónima, cuando reviste la condición de accionista. Sin embargo, podría especularse, por ejemplo, con un convenio que establezca privilegios para la adquisición de acciones por parte de los sindicatos, lo que es una cláusula de estilo en los denominados convenios de bloqueo, en los que se establecen procedimientos para la enajenación de las acciones, y podría establecerse la prioridad de los socios para adquirirlas. Esta previsión no comporta ninguna ilicitud. No existe óbice para que la sociedad en situación de autocartera asuma, dentro los límites de las normas que le confieren la posibilidad jurídica de ser accionista, obligaciones en el marco de un convenio de sindicación o pacto parasocial, no existiendo norma jurídica que excluya tal posibilidad, y tomando en cuenta que la sociedad o las estructuras societarias no son más que una forma para distribuir consecuencias entre los únicos que pueden ser adjetivados de titulares de riqueza o la pobreza, los seres humanos es lícita la participación. Un asunto ajeno a esto es la aceptación por la sociedad de una estipulación para otro que la tiene como beneficiaria, en ese caso la sociedad no es parte, se limita a aceptar el beneficio. El caso supone que la sociedad ha prestado su consentimiento, es parte en el negocio, por lo que el concepto de inoponibilidad deviene impertinente en tanto supone la situación de un tercero. Si la sociedad es

beneficiaria del pacto que contiene obligaciones a favor de tercero en el caso aquella, no es parte en el pacto, por lo que hay un problema de atinencia en debatir el asunto en esta sede; la sociedad en ese caso se limita a aceptar el beneficio, en la estipulación para otro.

45. Otro supuesto refiere a la situación de noticia a la sociedad o de indicación de que estando presente la misma nada tiene que objetar, o que no encuentra óbice a que sus socios celebren el pacto del que toma conocimiento. En este caso, la sociedad no pasa a ser parte, no ingresan tampoco las normas generadas por el pacto al ámbito social; la hipótesis tiene incidencia en la conformación de la tutela aquiliana del contrato. La sociedad sigue siendo un tercero, pero ese tercero, conoce la existencia del negocio, y no podrá realizar ningún comportamiento que comporte daño, si está enterada, varía la buena fe subjetiva o mala fe de la sociedad. . De esta forma, aun siendo un tercero, enterado de la existencia del contrato, la sociedad podrá facilitar el cumplimiento de las obligaciones que no sean contrarias a la ley o podrá incurrir en responsabilidad civil, ella o sus administradores.

46. Puede ocurrir que la sociedad que no es accionista consiente el convenio, y resulta alcanzada por dichas estipulaciones desde dos perspectivas, la materialidad a nivel de consecuencias de la celebración del pacto parasocial por la sociedad y los límites de licitud en cuanto al objeto. La trascendencia de la cuestión es enorme en los ordenamientos donde no es posible ingresar normas a la sociedad mediante la inscripción de los pactos parasociales, y aun en aquellos en que sí es posible, pues solo está previsto para un tipo de sociedad, la anónima, y para ciertos tipos de pactos parasociales. Si la sociedad es parte en el pacto parasocial, en tanto no puede hacer justicia por propia mano, no podrá evitar que los otros otorgantes incumplan el convenio, tratándose de una situación de obligación, los remedios son los previstos para el incumplimiento en materia contractual, tanto ante el incumplimiento de la sociedad como de los otros otorgantes. Lo exigible a la sociedad en ese caso en la persona de los administradores, es todo aquello que debe hacer un acreedor para facilitar el cumplimiento por parte del deudor, y todo lo necesario para documentar el incumplimiento. Los que deberán ejecutar las conductas serán los administradores, actuando en nombre y representación de la sociedad, asunto ajeno al que se trató en

anterior conclusión, oportunidad en que los administradores se obligaban actuando por sí.

47. Cabe descartar un argumento de texto esgrimido por la dogmática española, lo edictado en el art. 29 de la LSC, que afirma: “Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”, que como se analizó en el Capítulo primero, tuvo su precedente en el art. 6 de la LSA de 1951, precepto que establecía la nulidad de todo pacto reservado. La redacción actual implica asignar significado al significante pactos reservados. En ausencia de una definición estipulativa, podría entenderse que se trata de pactos parasociales, lo que duplica el asunto pues corresponde definir nuevamente el concepto y, por otro lado, justificar el aserto. El asunto tiene otro encare para el análisis, si el término “reservado” aplica en la oración como sustantivo o como adjetivo. La doctrina española lo ha asumido como sustantivo, apegada a la posible *intentio auctoris*, e identificado al pacto reservado con todas las normas jurídicas que creaban los socios mediante la celebración de negocios plurilaterales o bilaterales en cuanto al número de partes, que no surgía de los enunciados de los estatutos; con esa definición de “pacto reservado” clausuraba cierta doctrina la cuestión. Sin embargo, el art. 29 comporta una mera expresión del principio de relatividad de los contratos, consagrado en todos los ordenamientos objeto de este estudio, no solo el en el español, referido usualmente en el clásico brocardo “*res inter alios acta tertiis non nocet*”. La norma que es posible inferir del artículo analizado es entonces, los pactos en que la sociedad no es parte no la obligan; respecto a los pactos denominados omnilaterales, es decir, aquellos celebrados por todos los socios pero en los que no ha comparecido la sociedad, los analizamos en el número siguiente. En cambio, esa inoponibilidad frente a la sociedad pierde su razón de ser cuando el pacto haya sido otorgado por la sociedad, pues la sociedad no es un tercero. Para que no sea posible esto, debe existir una norma que retire poder normativo negocial a ese centro de imputación de normas, a la sociedad, para celebrar el negocio. Si en el sistema jurídico de que se trate existe una norma de este tipo, la celebración por parte de la sociedad no será posible. Así, deslindado el asunto en materia de normas de competencia, normas que posibilitan crear reglas de derecho, partiendo de la posibilidad jurídica de la sociedad de otorgar el negocio salvo norma en contrario, corresponde ingresar al ámbito de las normas primarias. Son normas primarias, aquellas que sirven de soporte a las situaciones jurídicas por las que el sujeto, en caso de verificarse un supuesto de hecho, recibe una respuesta coactiva

desfavorable, ámbito diverso del de las normas de competencia. Respecto de los socios que no han sido parte del pacto, ante la decisión de la sociedad de suscribirlo, son titulares de los derechos sociales para impugnar la decisión y de la convocatoria a responsabilidad de los administradores. Los socios que pretendan incorporarse tendrán información sobre la existencia de las obligaciones de las que es titular la sociedad. Acerca de los terceros, si algún perjuicio recibieron, tendrán la acción de responsabilidad individual si algún daño ilícito hubieran padecido, como consecuencia de la falta de información respecto a la existencia del pacto.

48. El pacto de todos los socios “pacto omnilateral” tiene relevancia, pues determina el interés social. Cuando se afirma que el interés social está llamado a variar, en puridad se está señalando que es un concepto jurídico indeterminado y que como tal hay que procurarlo en un lugar y momento determinado, precisarlo. Lo que debemos preguntarnos es si los socios pueden determinarlo, si pueden fijarlo. Esto arroja dos conclusiones posibles: a) o que los socios no tienen poder normativo negocial para precisar el contenido del interés social sobre un asunto, en cuyo caso el pacto parasocial de todos los socios es inexistente, pues no hay una norma de competencia que los autorice a crear dicha regulación; o b) se entiende que sí pueden celebrarlo. En caso de concluirse esto último: b.1) los pactantes pueden fijar el contenido del interés social, entonces, este quedará acotado a lo que pactaron y si en la junta se resuelve algo distinto al interés social ya fijado por el pacto parasocial, la resolución será una impugnación; b.2) pueden celebrarlo, tienen la posibilidad jurídica, pero es nulo, por ser contrario al orden público. En ese caso, el negocio no genera los efectos previstos, pues no lo secunda el ordenamiento, será nulo, entonces ninguna norma primaria ingresará al sistema y ninguna obligación se generará. Asumido el pacto social de todos los socios como una forma de determinación para un cierto segmento de realidad de un concepto jurídico indeterminado, el de interés social, lo que resulta perfectamente admisible, en los aspectos regulados en el pacto no se conmueve el concepto de conexidad respecto al contrato social, en cuanto este fijará los límites del posible contenido del pacto parasocial.

49. Los pactos parasociales de regla, entonces, no son negocios solemnes en los sistemas jurídicos que analizamos en el presente. Respecto al

consentimiento, en el Derecho brasileño y uruguayo, para las sociedades anónimas, si se pretende cumplir con los requisitos, una serie de requisitos a fin de que se desplieguen las consecuencias previstas en los arts. 118 de la ley brasileña y 331 de la ley Uruguay, es necesario que sea emitido de forma escrita. El cumplimiento de tales requisitos importa documentar la celebración del negocio, pero tampoco en ese caso se está en presencia de una solemnidad.

50. En relación al objeto del contrato no es el objeto de la relación obligatoria, sino que el objeto del contrato es la norma creada por las partes, de este modo es posible de ser analizada la licitud o ilicitud del objeto contractual; así, será ilícito el objeto si existe una reprobación de la norma reguladora de la relación obligacional y consecuentemente de la conducta prescrita en ella. En este último sentido, se referirá aquí al objeto de los pactos parasociales

51. En cuanto a la ilicitud conforme con las reglas generales de los contratos, La ilicitud del objeto del contrato, o sea, la ilicitud de la norma o precepto, será afirmable cuando por mediación de una norma prohibitiva, buenas costumbres u orden público resulte reprobada por el Derecho la conducta prescrita. En cambio, la ilicitud de la causa del contrato o de la causa de las obligaciones derivará de constatar que el Derecho reprueba no los comportamientos en sí mismos, sino la utilidad, provecho o ventaja a obtener por cada parte o por una de ellas a través de la consideración del comportamiento de la otra. De este modo, la ilicitud del objeto del contrato, esto es, de la norma reguladora de la relación obligatoria, se edifica adjetivando aquello que es prescrito, es decir, la conducta preceptuada. A su vez, entre el contrato parasocial y el social existe una conexión que tiende a la obtención del mismo fin, un ligamen jerárquico, el contrato de sociedad prevalece sobre el parasocial y marca límites a nivel del contenido del pacto según lo concluido supra.

52. Respecto al orden público denominado societario, ni el abordaje clásico ni uno que pretenda ver conexiones esenciales, resulta, mi juicio, satisfactorio, salvo en sistemas como el brasileño, donde como se verá al analizar el elemento estructural causa, debe apreciarse por disposición expresa, cuál es la “*función social*” del contrato. La expresión social no denota el vínculo societario, sino la sociedad brasileña considerada en su conjunto.

53. En cuanto a la moral como límite a la licitud del objeto, en este segmento, puede interpretarse desde la perspectiva de la solidaridad; implica imponer a cada persona deberes, de cooperación, asistencia y amparo en relación con otras, y

surge como una categoría ética y moral recepcionada por el mundo jurídico, que tiene su base y evidencia en la interdependencia social.

54. La licitud del objeto no debe analizarse considerando las limitaciones del Derecho de sociedades, sino a los límites del derecho común y consecuentemente son válidos, aunque sean contrarios a una norma imperativa o un principio configurador del tipo social, salvo que las normas que se infieren de los enunciados de la ley prohíban cierto contenido de un pacto por contrario a la moral y al orden público. El límite entonces queda reservado a la imperatividad sustantiva, aquella que se basa en la defensa de los valores centrales o fundamentales del derecho privado (por ejemplo, interdicción de la usura, causalidad de la atribución patrimonial salvo en el sistema brasileño anticausalista, imposibilidad de excluir la responsabilidad en caso de dolo.

55. En el derecho español que el legislador haya establecido, para los protocolos familiares, en esos casos en que se inscriben, que no puedan oponerse al orden público societario, no puede inferirse válidamente que no deban guardarse para los que no se inscriben, el argumento a contrario es inválido cuando hay otras soluciones posibles además del texto legal y la solución contraria. Sin embargo “los principios generales del Derecho de Sociedades y los principios configuradores del orden societario” no son límites para la licitud del objeto de los pactos parasociales. El objeto del pacto parasocial es lícito aunque contravenga los principios configuradores del tipo contractual al que acceda, pues en el ámbito de la autonomía privada, el razonamiento debe ser el de la libertad, salvo norma de la que surja la ilicitud, y los pactos parasociales no son pasibles de ser analizados bajo las normas previstas para dicho tipo contractual. Estos principios generales no dicen relación con los pactos parasociales, sus límites surgen, exclusivamente, de las normas generales de los contratos y de las limitaciones resultantes de la conexidad con el contrato social al que no pueden contradecir con los alcances antes indicados. A la luz tanto del Derecho español como del argentino, uruguayo o brasileño, el criterio debe ser el siguiente: si en el Derecho positivo existieran normas que limiten la autonomía privada, que retiren poder normativo negocial para dar cierto contenido a los acuerdos entre los socios, allí ingresamos en un supuesto de pacto inexistente; si existen normas

que establezcan la nulidad de ciertos pactos, allí estamos en un caso de ilicitud del objeto. En lo demás campea la autonomía privada tal como fue concebida por los clásicos en los códigos decimonónicos, no resulta de recibo adicionar los principios configuradores del tipo societario, al ámbito parasocietario. En el Derecho brasileño funciona además la función social del contrato, según se verá al concluir sobre el elemento estructural causa.

56. Desde el criterio de amplia autonomía privada, pero en el marco de una conexidad contractual, si en el pacto parasocial se previera un supuesto que calificara como pacto leonino, en función de la conexidad el resultado será la ilicitud del pacto parasocial, pero no del contrato social. Se trata en principio de un caso de conexidad univoca, lo principal tiene incidencia en lo accesorio, pero lo accesorio de regla no lo tiene en lo principal.

57. Cabe intentar precisar afirmaciones del tipo el objeto del pacto parasocial será ilícito si surge preceptuado un comportamiento que contraría el “interés social”. Cuando en el marco, de un convenio de sindicación de accionistas para el voto, que es válido y eficaz, en la reunión del sindicato, se dispone votar en un sentido que repugne al “interés social” -dando un sentido tradicional a este concepto - en nada va a incidir el desarrollo del comportamiento prescrito en la validez o eficacia de un contrato que ya era válido y eficaz. Otra situación consiste en compulsar el pacto lo edictado allí con el “interés social” en ese caso el juez se circunscribe a precisar el interés social, esa valoración determinará su premisa, luego de verificada que fuere la diferencia entre lo pactado, con incidencia en la sociedad, contra el interés social, determinará la nulidad del pacto. La solución, pues, no es creada por el juez, este se limitará a precisar el concepto interés social en el caso, una vez determinado el ajuste o desajuste entre lo normado en el convenio y el interés social, si el desajuste aplica al propio texto normativo del pacto que implica incidir en la sociedad a despecho del interés social, la consecuencia será la nulidad. Claro que esta discordancia normativa, entre lo previsto en el pacto parasocial y el interés social ocurrirá por definición solo si hay incidencia en la sociedad. No existe una definición estipulativa en la ley respecto a qué debe entenderse por interés social, por lo que se abre la asignación de significado a la dogmática. Difícilmente escape alguna de las situaciones en las que supuestamente se vulnera al “interés social”, a hipótesis que implican invasión no justificada, en esfera jurídica ajena –daño injusto, responsabilidad civil–, respecto de los restantes socios o accionistas, por lo que la mención al interés social resulta un

recurso de brevedad para aludir a estos supuestos, dejando a su vez un contenido de textura abierta al juzgador. Cuando se pretenda una violación del interés social, se ingresa en puridad en situaciones de abuso de derecho o de abuso de facultades, en la concreción de un acto en apariencia conforme a la ley, pero cuya finalidad trasciende la que le correspondería y que genera un daño; situación en la que el fraude consiste en la conciencia respecto a que ese daño puede generarse, más que la deliberada intención de perjudicar, más allá de que, generalmente, quien quiere la acción y prevé sus posibles consecuencias, seguramente también quiera estas. El concepto de interés social no tiene utilidad en muchos aspectos, por lo que es preferible acudir al denominado deber de lealtad como criterio más prolífico que el del interés social, concepto polisémico y polémico. Dicho deber societario de lealtad tiene un doble contenido, obliga a los participantes a abstenerse de cualquier comportamiento que pueda perjudicar los intereses de la comunión o de los coparticipes, así todos los intereses directa o indirectamente conexos a la causa del contrato. También la obligación de actuar lealmente implica el rechazo a los actos que no generan ningún provecho lícito y real para la sociedad y tienen como propósito real perjudicar la posición de los demás socios.

58. En relación al voto, puede calificarse como un acto jurídico. Respecto a la situación jurídica de quien tiene la posibilidad de votar, la norma que sustenta tal situación jurídica puede verse como una norma atributiva de poder normativo. Esto último, desde la perspectiva de la autonomía privada y no como han hecho quienes han sostenido la tesis de la facultad o función entendiendo que estas se confieren al socio en pos de un interés superior de la empresa o de la institución. Calificado el voto de este modo, surge la posibilidad de celebrar negocios sobre el mismo, con las limitaciones que en cuanto a la licitud surjan de las normas prohibitivas. Los límites a la autonomía privada tienen siempre un carácter negativo.

59. Sobre el derecho de receso, existen en los cuatro sistemas jurídicos analizados, normas que otorgan derecho de receso a favor de los disidentes, cuando se adoptan ciertas decisiones, hay variantes entre ellos en cuanto a los supuestos en que el derecho potestativo de separación o receso se configura. La posibilidad de ejercer el derecho de receso, importa previamente para que nazca el

acaecimiento de un determinado supuesto de hecho previsto en la ley. Si en el convenio de sindicación se incluyera una renuncia al derecho de receso, esta sería inexistente por falta de poder normativo negocial del involucrado para celebrar dicho negocio dispositivo, respecto a un derecho conferido por ley, que es irrenunciable. En cambio, si el socio votó en un determinado sentido en la asamblea, por cuanto se ajustó a una norma jurídica originada en su actuación en tanto pactante de un convenio de sindicación, no se genera el supuesto que habilita el receso y no surge tal derecho, de allí que no pueda hablarse de renuncia alguna a dicho derecho. El motivo por el que se vota en tal o cual sentido, no resulta relevante, pues es parte del proceso de formación de la voluntad del socio, proceso que importa estar a lo decidido por el sindicato, a cuya resolución el socio en ejercicio de la autonomía privada se ha sujetado, lo contrario implicaría no admitir los convenios para el voto aspecto superado en la dogmática contemporánea.

60. Es lícita, la norma contractual dispone que los miembros de una determinada clase de acciones deban votar en asambleas especiales, para la adopción de resoluciones que afecten a un cierto tipo de acciones, en la forma que resuelve el sindicato, cuando en dicho sindicato podrían estar sindicados accionistas de otras clases; la que podría asimilarse a la situación de intervención de terceros en el sindicato. Si los que participan son accionistas, en los sistemas en que se requiere que solo participen accionistas para la inscripción del convenio, valga la redundancia los accionistas son accionistas, no terceros. Si se asimilara el supuesto a la de la intervención de terceros, es admisible y cabe remitirse a lo expuesto al analizar los componentes personales del pacto, donde se admitió la participación de terceros.

61. La regulación en el convenio del voto de la aprobación de la gestión es lícita, salvo que se demostrara que existe una norma jurídica que impone analizar la gestión en el transcurso de la asamblea y no estar a lo resuelto previamente por el sindicato; no basta la mera invocación de esto. El argumento en torno a que los directores no pueden aprobar su gestión no resulta consistente, pues no serán ellos quienes la estarán aprobando, sino quien vote. Respecto de la posibilidad de regular la aprobación de la gestión y el inicio de las acciones de responsabilidad, ya sea la individual como la social, a efectos de dar respuesta a la cuestión, es necesario analizar el régimen de responsabilidad civil de los administradores la norma que hace ingresar el contrato o estatuto social, entre las que además de los enunciados de aquel se encuentran las de la ley, obliga al administrador o director a desarrollar un

determinado comportamiento, el convenio ingresa así en un supuesto de objeto jurídicamente imposible, si pretende regular estos segmentos de alguna forma que implique un negocio abdicativo si el director incumple con conciencia y voluntad. Respecto a un pacto por el que se limite la posibilidad de convocar la responsabilidad civil de los directores o administradores, es válido, si la renuncia alcanza los supuestos de responsabilidad subjetiva basados en el factor de atribución culpa por parte de los directores, no así en caso de dolo. Por ello se entiende inadmisibles los pactos que pretenda, siempre, la aprobación a “mano de yeso” de la gestión, pues implica en definitiva renunciar a reclamar de los directores o administradores la conducta debida, lo que importa dejar sin contenido normativo las obligaciones que asumen, ante lo dispuesto en el contrato social, el estatuto y la ley. Entonces ante la existencia previa de la norma del contrato principal resulta jurídicamente imposible pactar en el convenio que siempre deberá aprobarse la gestión, o que se renuncie a iniciar la acción de responsabilidad. Para la acción social de responsabilidad, de pactarse algún tipo de limitación a la posibilidad de iniciarla en el pacto parasocial, el objeto deviene ilícito, pues lo que se está pactando es justamente facilitar la producción de daño a la sociedad, y en función de aquel a los restantes accionistas, protegiendo al sujeto que lo genera, abdicándose de tender a la reparación del daño padecido por aquella.

62. En la doctrina hostil a convenios de sindicación que involucren el comportamiento de los administradores, es recurrente la referencia al desprecio por el interés social de estos contenidos o considerar este tipo de pactos como instrumentos al servicio de intereses extrasociales. La objeción, como se aprecia, no se sitúa en la licitud o no del acuerdo en tanto tal, sino en su finalidad. Entonces, si la finalidad del convenio se traduce en la pura satisfacción del interés social –*rectius*, si no implica apartarse de la buena fe objetiva–, no se encuentra motivo de ilicitud alguno en el mismo, no encontrándose cuál sería la norma vulnerada, la que impida celebrar negocios jurídicos con estos alcances. Si los directores, en el ejercicio de su función, incurren en responsabilidad, corresponderá demandarla. Debe tenerse presente lo dispuesto en cada sistema jurídico, respecto a la responsabilidad por daños generados a la sociedad por dolo o culpa del socio y a los supuestos de control societario en que existen especiales vínculos que puedan ligar a la sociedad a que refiere el convenio,

con otra sociedad titular de acciones, partes o cuotas sociales y participante en el convenio de sindicación, que decidiera, mediante su voto en el sindicato, determinadas decisiones que deberán adoptar los administradores.

63. Para el órgano de administración si se vota a despecho de lo decidido en el sindicato en los sistemas que prevén el ingreso de las normas del convenio a las que aplican a la sociedad en caso de cumplirse con ciertos requisitos, v. g., Derecho brasileño y uruguayo, la respuesta es que no debería computarse dicho voto; aunque entre ambos sistemas existen diferencias, ante la ausencia en Uruguay de una norma como la ingresada al ordenamiento brasileño en el año 2001, que consagra una auténtica fungibilidad del “volere” fuera de los estrados y habilita a votar como se debía al Presidente o a los acreedores.

64. Distinta de la planteada es la situación en que un sindicato, vinculado por un convenio que refería al voto del mismo en el órgano de gobierno de la sociedad, resulte luego designado administrador. Al respecto, en tanto no se encuentre explicitada en el convenio otra cosa, sus alcances estarán acotados en términos de lo pactado que refiere a la junta –asamblea–, de la norma que de aquel surge y, consecuentemente, no estará el administrador antes sindicado obligado a seguir, cuando vote en el directorio, las indicaciones del sindicato que en tanto socio o accionista sindicado le corresponde seguir en el órgano de gobierno de la sociedad.

65. Un tema extensamente analizado en la dogmática es el del pago de contraprestaciones a cambio del voto, si se trata de un programa de conducta ilícito, la reprochabilidad intuitiva del comportamiento percibida por la dogmática concierne a la prohibición de pactos por los cuales un socio, guardando para sí el ejercicio personal del derecho de voto, sin integrar por ejemplo un sindicato de socios al amparo de un convenio de sindicación, comercializa la determinación de la respectiva orientación del voto. Sin embargo, el asunto deviene más problemático, al preguntarse qué situaciones encartan, cómo se tipifica esa enajenación del voto; por ejemplo, el votar en cierto sentido o abstenerse de votar teniendo como contrapartida ventajas o provechos que permitan establecer una relación sinalagmática entre el comportamiento y la contraprestación. Los argumentos y la conclusión a que se arribe resultan aplicables tanto a la situación en que la comercialización del voto se da con la finalidad de que se vote en una instancia de reunión de junta –asamblea de socios o accionistas– como cuando tiene por objetivo que se vote en una instancia de reunión de un sindicato de accionistas, que a su vez determinará cómo votarán sus integrantes

en la junta o asamblea. En efecto, estas últimas también son actos jurídicos que se dictan en el marco de la estructura asociativa no societaria, que genera un convenio de sindicación para el voto. El negocio de comercialización del voto es un negocio estructuralmente separado de la instancia de reunión de la junta y de la reunión de los sindicatos. Los vicios estructurales de dicho negocio, por ejemplo, la nulidad, si se entiende que se trata de un negocio contrario a la moral, no inficiona la decisión de la reunión de socios, en una junta –asamblea– o en un sindicato de accionistas. Si se entiende que el negocio de comercialización del voto es nulo, el efecto será el de la nulidad prevista en los respectivos códigos civiles. En los sistemas español, argentino y uruguayo podrá sostenerse que se trata de un supuesto de objeto o en su caso de causa ilícita por contrariar la moral, lo que abre el asunto a debate en cuanto los alcances de lo moralmente apropiado. En este sentido, en la actualidad, la dogmática sigue señalándolo como un negocio ilícito, se trata de un caso de nulidad absoluta. En el Derecho brasileño, la nulidad podría verse con mayor claridad, ya que los negocios están sometidos al análisis de la función social del contrato y en ese sentido defeccionaría. A nivel de impugnación de las decisiones asamblearias por razones de nulidad, debe estarse a lo que específicamente se prevé en el ordenamiento societario y las deliberaciones serán impugnables solo en los casos expresamente habilitados, por contrariar la ley, el estatuto o el interés social, concepto cuya polisemia a nivel de la dogmática hemos relevado; ello sin perjuicio de las acciones por responsabilidad civil en caso que se verificara un daño injusto que tuviera como fundamento el voto de algún socio, aun cuando la resolución social sea válida. Para el caso de voto vendido en las reuniones de socios sindicados, el asunto se debe relacionar no con un tema de validez, sino con un supuesto de responsabilidad civil, en particular, verificando si el socio al votar ha incumplido con los deberes decurrentes de la buena fe objetiva. Pero constatado tal apartamiento de la buena fe objetiva, el mismo tiene impacto a nivel de responsabilidad civil por el incumplimiento de las obligaciones emergentes del convenio de sindicación. El tema se resume al analizar si hay o no daño injusto. ¿Qué acontece si esos daños tienen su origen en las decisiones adoptadas en el directorio, al más puro “interés social” para quienes entienden cargado de algún significado este concepto, o en las adoptadas en el órgano de gobierno al legítimo interés de un grupo

de socios? Debe concluirse en la licitud del pacto, donde se debe identificar, para señalar la ilicitud de la estipulación, cuál es la norma vulnerada. Admitida la creación de normas al respecto, generadas por el convenio de sindicación, en el funcionamiento del sindicato, el juicio de responsabilidad debe efectuarse una vez emitido el voto si hay daño injustificado. No es un asunto de validez o nulidad, sino un supuesto de responsabilidad civil.

66. En cuanto a la aprobación de los estados contables, debe analizarse si la emisión del voto para la aprobación de los estados contables constituye una declaración de voluntad o una mera constatación. De ser posible, podría constituirse en materia a ser regulada lícitamente por el Convenio, una determinada valoración en varios sentidos respecto de dichos estados contables, si se estima que la aprobación constituye una actividad estimativa opinable o un verdadero acuerdo en la política de dirección social.

67. Respecto al derecho de información de información de socios y accionistas, la limitación a estos -más allá de las que consagra cada legislación en cuanto a la información a la que pueden acceder- es un supuesto de objeto ilícito.

68. Los pactos parasociales son absolutamente admisibles en las cooperativas, entre ellos los convenios de sindicación de cooperativistas, “agrupaciones de socios”, tampoco debe sorprender que sea la mayoría al interior de la “agrupación de socios” quien resuelva. Es el socio, que al contratar se somete al régimen jurídico del sindicato, quien se aviene a determinar cuál será el contenido de su voto, en función de las resultas de la interna del sindicato –que en las cooperativas se llama “agrupación de socios”– que integra. Al ser el propio socio o su representante, que debe ser socio y no puede representar a más de un socio, quien sufraga en la asamblea, no hay tal violación de las normas sobre mayorías. En torno al elemento “*intuitu personae*”, mencionado como elemento tipificante de las cooperativas, justamente puede recurrirse a un convenio de sindicación, a fin de reforzar este carácter y operar en conjunto varios socios vinculados, estando a lo que se resuelva en la interna del sindicato. Para las cooperativas masivas, el argumento referido al carácter de sociedad personal, claramente no es de recibo. Cabe advertir sobre otras dos objeciones que no son de recibo. Una se refiere al voto secreto; es evidente que la previsión de voto secreto importa una limitación al poder normativo para otorgar este tipo de contratos, o a una situación de objeto jurídicamente imposible, en los casos donde está impuesto, pues aquí la conducta no es pasible de

ser referente de una convención. Otra al control del cumplimiento de las obligaciones asumidas al emitir el voto, puede normarse la existencia de votación nominal o solicitarse dicha votación por uno o más asambleístas, en su caso, conforme lo dispuesto en el reglamento de funcionamiento de la asamblea general de socios. Se puede agregar que no surge limitación alguna al respecto emanada desde la regla de control democrático de los miembros, en la forma que se delinea en el enunciado de la ACI, ni tampoco si se lo considera propiamente como un principio. Muchas veces, justamente la no celebración de este tipo de negocios puede generar que se acuda, en las agrupaciones de socios que se conforman en las cooperativas, sobre todo en las de cierto porte, a mecanismos alternativos, incluso radicales, como dejar suscritas renuncias a cargos que se desempeñan en los órganos sociales. Es aceptable que una agrupación de socios se transforme en un grupo de control de una cooperativa, con límite en la lealtad, en cada caso, no siendo susceptible una conclusión *ex ante* que prive de validez a un pacto parasocial para el voto en una cooperativa; simplemente los pactos parasociales deben respetar las reglas que gobiernan la identidad morfológica y funcional del tipo societario, tanto para convenios de sindicación que impliquen la formación de sindicatos de voto, como en los pactos parasociales que tengan por objeto votar en cierto sentido, sea para lograr a través de la mayoría la definición de las decisiones asamblearias, dando un rumbo a la sociedad, sea para estructurar a la minoría. Queda excluida la intervención de terceros ajenos a la cooperativa en los pactos parasociales, para los titulares de participaciones con interés que no son socios, participaciones sujetas al riesgo de gestión que e integran el patrimonio. Sin dejar de reconocer lo opinable del asunto, entiendo que estos terceros no pueden intervenir en la gestión social, salvo norma que los habilite a participar en esas instancias, si esta existe, sería admisible el pacto; en algunos sistemas se prevé que de establecerse en el estatuto integren el órgano de fiscalización (art. 67 de la LCOOP de Uruguay). En el caso de la cooperativa, al consistir su objeto en prestar un servicio y no en el lucro mercantil, el pacto deberá ceñirse a este objeto.

69. Sobre el contenido de los pactos es variado. Muchas veces se encuentran en este tipo de negocios, disposiciones iniciales que contienen definiciones estipulativas respecto al significado a asignarse al contenido del negocio, práctica

importada desde el Derecho angloamericano, caracterizado por la hiperregulación de los diversos aspectos, lo que también puede apreciarse en este tipo de negocios, en particular en el subtipo convenio de sindicación. Luego de asignar estipulativamente significado a ciertos significantes, podrá especificarse otras reglas de hermenéutica. Otra referencia de precisión dice relación con los plazos, otro aspecto a precisar en materia hermenéutica tiene relación con los encabezamientos o títulos de los distintos segmentos —cláusulas, artículos—, determinando si simplemente se establece para facilitar la referencia, otro aspecto a determinar es la invocación de cláusula predispuesta, puede que el texto haya sido predispuesto por una parte o puede que se haya entablado una negociación entre éstas, podría afirmarse que esto es lo más usual, pero la casuística es amplísima, así alguien que pretende incorporarse a una sociedad con un convenio omnilateral deberá adherir al mismo, sin poder, salvo que tenga un peso negociador importante, variar el contenido de lo pactado. Al momento de la celebración, si el texto no fue predispuesto, podrá especificarse este aspecto a fin que no juegue la regla “*contra proferentem- contra stipulatorem*”, indicándose que no podrá tener incidencia; consecuentemente, para la interpretación del negocio, si nada se dice funcionará este criterio. A efectos de ilustrar respecto a la finalidad, puede ser apropiado colocar una cláusula de antecedentes, dando cuenta del contexto del negocio o en su caso, de la finalidad última buscada por las partes, de lo que subyace al acuerdo. Posteriormente, puede resultar conveniente indicar si las partes, todas o algunas, son socios o accionistas y los respectivos porcentajes, también conviene indicar si son titulares del total de las acciones señalando el tipo o partes sociales. Otros enunciados recurrentes refieren a la preservación del pacto en caso de nulidad de alguna de las cláusulas, reconduciendo la situación a la nulidad parcial. Puede ocurrir que lo inficionado afecte al pacto de forma decisiva para ese caso; para cualquier supuesto de nulidad, pero en particular para esta situación, puede establecerse que si cualquiera de las estipulaciones del presente fuera declarada ilegal, inválida, nula o de cualquier otro modo inejecutable, las partes deben seguir ciertos comportamientos para negociar una estipulación en forma o sustancia de idénticos efectos y propósitos que aquellos de la disposición declarada inejecutable, remediando cualquier defecto legal que pudieren haber determinado dicha declaración, incluso para asegurar esto pueden apoderarse a ciertos sujetos a estos efectos, de forma de blindar la situación. Un enunciado típico de estos negocios alude a la completitud de lo acordado y a la forma de modificación del acuerdo, con enunciados que excluyen dos órdenes de

argumentos: uno relacionado con que al no tratarse de un negocio solemne, una comunicación, por ejemplo, en medio magnético, consentida por los otorgantes o la mayoría de ellos, comporta la modificación de lo edictado; y otro vinculado con que además del cuerpo del documento donde se plasmó el pacto, existen otros acuerdos concomitantes o anteriores, proyectos, acuerdos, compromisos, declaraciones, garantías y acuerdos de cualquier tipo, sean o no por escrito, sobre las materias reguladas en el acuerdo. Este tipo de cláusulas toman especial trascendencia en el siglo XXI, caracterizado por la comunicación epistolar constante, incluso a través signos diversos de las letras, a través de los cuales se expresa el consentimiento, que constituyen aceptación expresa, v. g., emojis. También puede otorgarse con ritualismos la voluntad, requiriéndose intervención notarial. Respecto al ingreso de nuevos socios por transmisión de las acciones o participaciones de un socio o en razón de la emisión de nuevos títulos por ampliación del capital, o para el caso en que por haberse constituido derechos reales de goce o garantía el ordenamiento permita el ejercicio de los derechos políticos por los titulares de los mismos, también deberán preverse mecanismos para su ingreso como parte contractual al convenio de sindicación. En el tipo contractual pacto parasocial, no hay forma de asumir las deudas a través del mecanismo técnico de un ente centro de imputación para luego evaluar la incidencia que tienen en la regulación de las relaciones del grupo. Todos los sindicatos son deudores y no son coobligados con nadie más que entre ellos, sus integrantes se obligan ellos. Tanto a nivel de situaciones jurídicas activas como pasivas de los integrantes del convenio de sindicación, la agrupación de socios no configura un centro de imputación dotado de capacidad jurídica, sino que como se analizó, se trata de un contrato plurilateral de organización asociativo, en el subtipo convenio de sindicación. En tanto parte integrante del convenio, el accionista que egresa transmite, respecto al convenio de sindicación, un conjunto de situaciones jurídicas activas y pasivas. Para que esa transmisión pueda operar en forma global se requiere una norma jurídica que lo habilite, de lo contrario las distintas situaciones jurídicas seguirán el régimen respectivo. Así, las deudas no podrán cederse sin consentimiento del acreedor, salvo que una norma habilite. Quien pretende transferir su posición contractual en el convenio de sindicación, transferirá, salvo consentimiento de

restantes, solo las situaciones jurídicas activas, pero permanecerá siendo obligado quien pretende abandonar el fenómeno asociativo, salvo consentimiento de los restantes socios y sin perjuicio de que pueda incumplir obligaciones de no hacer, por ejemplo, no comercializar las acciones. Se trata de un supuesto de cesión de contrato que debería regularse en el convenio.

70. En las sociedades familiares o de pocos accionistas, los accionistas o quienes ellos designan ocupan cargos en el directorio, o la gestionan o tienen un *expertice* determinado, que aportan. En estos casos se establecen obligaciones de no competencia, indicándose que los accionistas o ciertas personas vinculadas a ellos, o los directores, no podrán desarrollar directa o indirectamente, para sí o para terceros, ninguna actividad relacionada con la desarrollada por la Sociedad, debiéndose definir en su caso el alcance y estableciéndose si se entiende apropiado establecer excepciones, por ejemplo, que involucren a todos los sindicatos, o en caso de pacto omnilateral a todos los accionistas, o en su caso se admite pero recabándose previamente el consentimiento de los restantes accionistas sindicados. Las obligaciones que surgen de ese tipo de cláusulas pueden comprender si se estipula la realización directa o indirecta de actos de competencia como empresario, pero pueden extenderse a la situación de empleado, asesor, o proveedor de servicios, a la participación en directorios u otros órganos de administración o aun como accionista o socio de empresas que se dediquen a la actividad desarrollada por la sociedad. En otro orden, otra limitación que puede pactarse tiene que ver con el vínculo con los clientes de la sociedad, en lo referido a inducir, atender, contactar o trabajar con ellos para cualquier negocio no relacionado con la actividad de la sociedad. Esto, pues este tipo de vínculos, ajenos a esta, pueden entorpecer el vínculo con el cliente, con el consabido perjuicio para la sociedad. Respecto a la extensión temporal, esta podría circunscribirse al tiempo en que el protagonista esté vinculado como socio o director, o puede extenderse como forma de evitar actitudes desleales, luego de la extinción del pacto parasocial por un cierto lapso, que deberá fijarse, y cuya extensión podría ingresar en situación de ilicitud si fuera excesiva y cuestionarse desde esa perspectiva. También podrán establecerse límites espaciales, para incluir la limitación o para extenderla. La cláusula de confidencialidad es también una cláusula típica de estos contratos, obliga a las partes a mantener secreto sobre el contenido del convenio, su relevancia es indudable en los convenios celebrados por algunos accionistas, para asegurar el control de la sociedad cuando el convenio no es conocido por esta última y

los restantes accionistas. O en caso de minorías, si se diseñan mecanismos para procurar garantizar sus derechos ante otros socios mayoritarios. En sistemas como el brasileño, donde se prevé el depósito en la sede del pacto, y en el sistema uruguayo para las sociedades por acciones simplificadas, donde también solo esto es necesario para tornar oponible el acuerdo, la confidencialidad alcanzará a los otorgantes del pacto pero no a los directores no otorgantes que tengan acceso al mismo. Asimismo, en Brasil el propio funcionamiento de las asambleas hace que la confidencialidad pierda sentido. En caso de inscripción en el registro, la cláusula de confidencialidad no tiene virtualidad. Más allá de estas puntuales situaciones de inscripción, en los sistemas donde esto no está previsto, o en el sistema brasileño y en el uruguayo, cuando no se trata de esos tipos sociales o aun tratándose de ellos no se inscriben, la confidencialidad es relevante, justamente por razones de confidencialidad, de discreción no se procede a la inscripción. El apartamiento de esta conducta encuentra como causa de justificación el que deba ser proporcionada la información a solicitud de autoridad competente. Sin embargo, al haber varios sujetos interesados, podrá establecerse, para el caso en que la revelación de información confidencial sea requerida por una autoridad administrativa o jurisdiccional, que recibida la solicitud, la parte que la recibió deberá notificar a las otras partes, así como tratarse de un convenio donde la sociedad haya sido parte o haya sido notificada a la sociedad sobre el requerimiento, a fin de que esta pueda evaluar la posibilidad de oponerse legalmente a dicha intimación. En lo que respecta a la duración, al igual que para la no competencia, se suele extender más allá de la vigencia del propio pacto.

71. En lo que a conflictos intersubjetivos de intereses entre las partes se refiere, resulta pertinente regular su identificación y su resolución, de no procederse de esta forma, puede que se genere un daño significativo, la prevención es una estrategia apropiada. Se ha propuesto en la dogmática española la clasificación de las disputas en varios grupos, aquellas que se refieren a la interpretación del pacto y la determinación de normas y situaciones jurídicas emergentes y sus alcances; en segundo lugar las de carácter técnico de otras disciplinas, determinación de cantidades pendientes de pago, enjundia de ciertos trabajos; en tercer lugar las de carácter estratégico empresarial. Esta clasificación se combina con otra que atiende a la entidad

del conflicto, basada en la de la controversia y su impacto en el trato entre las partes, desde esa perspectiva, se ha propuesto clasificarlas en ordinarias, un desencuentro que no impacta en el vínculo e incluso puede fortalecerlo, por otro lado un conflicto que comporta la pérdida de confianza y consecuentemente la imposibilidad de prosecución del vínculo. A su vez, sería admisible otra categorización entre las disputas que se dan en el marco de la relación societaria al influjo del pacto parasocial y las que aluden a cómo regula el pacto parasocial las divergencias en la terminación del proyecto conjunto, vinculadas a la extinción de la relación societaria a deberes que serían post contractuales, pero que se han decidido regular en el pacto parasocial. A fin de resolver las disputas deberán preverse mecanismos eficaces, que consideren el tipo de disputa. Respecto a las técnicas habrá que acudir a mecanismos técnicos. En relación con las jurídicas deberá desbrozarse cuándo son realmente tales y cuándo parapetan otro tipo de desacuerdos. También la rápida resolución regulada podrá dejar en evidencia una situación u otra. Es conveniente que los procedimientos para las que no conmueven el vínculo y con la finalidad de evitar que esto ocurra transcurran por procedimientos ágiles, dictámenes técnicos vinculantes, participación de un mediador o entidad mediadora. En los escenarios de sociedades anónimas cerradas, sociedades de responsabilidad limitada, sociedades de profesionales, sociedades por acciones simplificadas, reuniones de empresas a través de una sociedad para una actividad puntual, entre otros ejemplos, de la adecuada resolución de la controversia puede depender la permanencia de la propia sociedad, por el involucramiento de los socios o accionistas en la gestión, la mezcla de actividad empresarial y el trabajo que esto comporta, incluso el porcentaje del patrimonio involucrado o las expectativas generadas. Pero aun en alianzas entre empresas, esto puede ocurrir, la salida de los accionistas o un litigio puede comportar un perjuicio patrimonial importante para todos los involucrados. Las discrepancias trasvasan en ese tipo de situaciones todos los escenarios y se plantean, cual cúmulo de rencillas emocionales, que incluso alcanzan aspectos ajenos a la disciplina del Derecho, y conducen a enfrentamientos en distintos órganos societarios, por la presencia de los accionistas o personas designadas por ellos en los directorios, o en puestos de gerenciamiento de la empresa. Esto puede comportar situaciones de bloqueo, sea por la división del capital en partes iguales, sea porque en función de la regulación que emerge del propio pacto parasocial para resolver algún asunto calificado se ha estipulado una mayoría especial. A esta situación se le denomina bloqueo. Es conveniente definir en el pacto parasocial, de forma

estipulativa, cuándo se está en presencia de una situación de bloqueo y la forma de salir de ella, que puede trascender la clásica de imposibilidad de funcionamiento de los órganos sociales, por ejemplo, en el caso de mayorías especiales impuestas por el pacto parasocial, o de no obtenerse la aquiescencia de un socio que debía consentir. Las soluciones varían en esos casos, transitando por prever mecanismos de autocomposición o la participación de un tercero que dilucide la controversia con tales o cuales criterios, llegando hasta previsiones de salida de accionistas mediante compraventas. En los casos de sociedades integradas por personas jurídicas, en emprendimientos estratégicos comunes, “joint venture”, se puede prever una reunión entre los mandos superiores de las sociedades o cooperativas socias, a efectos de resolver personalmente, sin intermediarios y sin ambages, los conflictos. Se procura morigerar las susceptibilidades de los directamente involucrados, sustituyéndolos por los directores o directivos de las socias; claro que estos también pueden estar condicionados o influenciados y puede que no prospere esta instancia. Podría establecerse que luego de transitada esta etapa, se recurra a un dictamen vinculante, al menos para ciertas decisiones, el experto dotado de imparcialidad podrá aplicar así sus conocimientos e incluso proponer soluciones que a las partes no se les habían presentado. Otra alternativa a pactarse es la mediación. En ese caso puede regularse acudir a entidades corporativas o gremiales, tentando, a través de sus oficios, a la autocomposición del litigio. Para ello en el pacto parasocial deberá determinarse el mediador, la forma de actuación, directamente o por remisión a procedimientos estatuidos a nivel de organismos nacionales o internacionales, la lengua en que se llevará a cabo, etcétera. Si estas etapas no prosperan, deberá determinarse si se deja abierta la alternativa de acudir a la justicia, si se pacta un arbitraje o si se establecen otros mecanismos. Así, puede preverse que si el directorio no pudiera resolver algún asunto, o algún asunto calificado como trascendente en cierto número de reuniones, o si no se pudiera reunir por falta de quórum necesario para sesionar o para alcanzar las mayorías requeridas, según lo establecido en el propio pacto, o aun si se trata de asuntos que se ha previsto que solo puedan ser resueltos por la asamblea de accionistas, tampoco dicho órgano pudiera resolverlo en determinado número de citaciones consecutivas, se incurre en una situación de conflicto o de bloqueo.

Determinada tal situación, se precipita un mecanismo de venta de las acciones, que va a asegurar que al menos algunos de los accionistas puedan seguir en la sociedad y, consecuentemente, con la actividad. La casuística es variada dentro de esa regulación, pero podrán preverse plazos perentorios para enviar, en la forma que se establezca, a los restantes accionistas una oferta, que en ese escenario debe ser irrevocable. Para comprar todas sus acciones o para vender todas las acciones de quien o quienes realizan la oferta a los restantes accionistas, debe establecerse en el acuerdo el precio mínimo tanto para la compra como para la venta. Luego se debe establecer un plazo para aceptar la oferta, de parte de alguno de los restantes accionistas, y deberá establecerse un plazo para ejecutar las obligaciones emergentes del contrato de compraventa perfeccionado. Puede que ninguno de los accionistas envíe una oferta o ninguno acepte la oferta, en ese caso, el pacto puede prever otras actuaciones o asumir que se ha producido una causal de disolución anticipada, estableciéndose que en ese caso están obligados los otorgantes proceder a la disolución y liquidación de la sociedad. Otra forma de resolver las controversias fuera de los Estados es el arbitraje, que se debe distinguir el arbitraje del peritaje dirimente –alternativa que también puede pactarse en sede de pactos parasociales–. Los peritos dirimientes son personas que deciden o “dirimen” un determinado asunto, entregando un juicio de valor que es obligatorio para las partes, que soluciona por imperio ajeno la cuestión. Este imperio no les viene dado por su propia función, sino que procede de aquella atribución imperativa que ambas partes han concedido al perito cuando le eligen de común acuerdo. El objeto de este peritaje ha de ser una cuestión pendiente entre los otorgantes, que dejan voluntariamente a la decisión de aquel, o una cuestión planteada y surgida de un asunto previo y completo, que ellas someten a su juicio para esgrimir las. Es aquella persona que por la voluntad contractual de las partes emite un juicio de valor (dictamen) vinculante para ellas, sobre una cuestión de hecho pendiente o planteada por las mismas, que podría consecuentemente ser objeto de mediación, de un arbitraje o de un litigio judicial. Deslindar las formas periciales “dirimientes” de las “formas arbitrales”, que por su propia naturaleza también es dirimente, no es labor sencilla. En ambos casos se presenta una controversia, una resolución vinculante, un procedimiento similar de designación de terceros, que responden a una misma naturaleza originaria que procede de una fuente energética remota y común, esto es, el compromiso en un sentido lato y casi vulgar, aunque jurídico, que nos compromete u obliga a hacer o aceptar algo. Cierta sector de la dogmática señala que el perito

dirimente no puede ser un árbitro, sino un arbitrador, ya que su dictamen se concibe como un auténtico convenio privado sin efectos procesales, a diferencia del arbitraje, y como tal obliga con fuerza de ley a lo pactado; mientras que para otros, no existirá en realidad ningún inconveniente para que estos supuestos no puedan someterse a arbitraje si así lo estimaran las partes. También es preciso distinguir el arbitraje de otras figuras llamadas de forma imprecisa “arbitrajes especiales u obligatorios”, que no encartan en la categoría arbitraje, pues son establecidos por el legislador. La ley impone al tribunal arbitral de manera permanente, que suele coincidir con una de las partes afectadas en el conflicto, o en el caso de arbitraje obligatorio, las partes no deciden voluntariamente someterse a arbitraje, sino que deben hacerlo por imperativo legal. Pactado en aras de mantener la discreción sobre el conflicto ante la publicidad que brinda la justicia y de eludir las vicisitudes que un proceso puede comportar, los otorgantes del pacto parasocial deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o que puedan surgir en el marco de una relación determinada. El acuerdo de someter al arbitraje las controversias entre las partes se puede insertar como una cláusula compromisoria en el pacto parasocial o eventualmente se puede redactar y concluir como un acuerdo independiente. De acuerdo con el enfoque de este capítulo, consideramos primordialmente el supuesto de formulación como cláusula inserta en el pacto. De forma similar a la mediación, las partes pueden acordar algunos extremos del arbitraje, como la designación de los árbitros y las reglas del procedimiento. Sin embargo, en el caso del arbitraje se cuenta con ciertas reglas procedimentales uniformes y existen algunos organismos especializados en ciertas áreas. En el Derecho uniforme cabe referirse a la Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 –reformada en 2006– y su Reglamento de Arbitraje. En el pacto parasocial pueden insertarse previsiones de ley aplicable cuando esto pudiere presentarse o de juez competente, de forma de evitar, en caso de transnacionalización, debates en torno al punto de conexión. Esto si se trata de no ventilar en la justicia los asuntos que pudieran originarse como consecuencia de estos pactos, estableciéndose procedimientos de solución acumulativos, donde se va avanzando de uno en uno en procura de la conclusión de la controversia; no es tan usual, aunque se verifica, desde nuestra

experiencia, que se pacte el arbitraje en los contratos o estatutos sociales, muchas veces apegados al formulario.

72. Un aspecto relevante en el caso de pactos omnilaterales, en cuanto al alcance, alude a la posible incorporación de terceros, en caso de que la sociedad emita nuevas acciones de cualquier clase que fueren, por aumento real de capital integrado, y los accionistas opten por no suscribir preferentemente las mismas ni acrecer en proporción a su capital, según corresponda. En ese caso, estas podrán ser adquiridas por terceros, que no serán parte del convenio. Entre los pactantes puede establecerse que si estas fueran adquiridas por terceros, la manifestación de voluntad de estos de adquirirlas importa su integración al sindicato, y encomendar a todos los actuantes, incluso los directores, adoptar todas las medidas necesarias, generándose sanciones para los sujetos en caso de incumplimiento, que pueden parangonarse a las previstas para el caso de venta pretendiendo eludir los mecanismos de bloqueo.

73. En ocasiones se asume la obligación de introducir modificaciones al contrato social o estatuto, en ese caso es conveniente, ante posibles observaciones del órgano estatal de control, la obligación de implementar las modificaciones necesarias, pero conforme con lo determinado previamente por las partes, su intención original, esto es, buscar los mecanismos apropiados para que lo determinado se obtenga por otra vía; también las eventuales decisiones que el directorio deberá adoptar, si fuera necesario, para implementar lo decidido. Se determinará además el programa de conducta para los otorgantes, y en su caso la asignación de comportamientos que deberá desarrollar cada uno y si hubiera terceros, el que corresponda a aquellos. Los contenidos deben apuntar a que Mas allá de de la preminencia del contrato o estatuto social, se establezcan los mecanismos tendientes a evitar el apartamiento de lo edictado en el pacto.

74. El contenido dependerá de las concretas vicisitudes del caso, así puede pasarse de un convenio de accionistas, donde estos, a su vez sociedades o personas con actividad empresarial, tengan asignadas actividades relacionadas con la actividad social, a uno en que el inversor exige ciertos comportamientos a los socios, directores o administradores, e igualmente se precisan los mecanismos por los cuales el inversor inyectará los fondos a la sociedad, v. g., la adquisición de acciones con prima de emisión.

75. En el subtipo de pacto parasocial, convenio de sindicación, la regulación sobre la administración, gobierno y fiscalización de la sociedad o la postura

a adoptar respecto de aquella podrá ser más o menos detallada dependiendo del contexto; de esta forma, en un pacto omnilateral o de un grupo mayoritario que tiene el control de la sociedad, podrá llegarse a un nivel de detalle extremo, estableciéndose la elección de los directores. Qué directores serán elegidos por cuál accionista, o en otros tipos sociales, quién designará al administrador o qué mayorías a la interna del sindicato se requerirán para destinarlo. Cuando se prevea qué directores o administradores serán designados por los accionistas, titulares y suplentes, deben preverse mecanismos alternativos de designación, para el caso que estos tomen una actitud prescindente a la interna del sindicato, de forma de no dejar librado a un posible conflicto esta situación. En ese supuesto deberá preverse cuándo podrá procederse a la remoción, en qué caso y en qué circunstancias, en el sentido de si un accionista tiene el derecho de elegir a un director, este podrá removerlo de acuerdo con su arbitrio. Debería preverse el mecanismo de sustitución en caso de inhabilitación para el cargo, o de incapacidad física o psíquica. Podrán preverse los mecanismos de funcionamiento del directorio y la forma de convocatoria, asimismo, podrán preverse mayorías para la adopción de decisiones en el directorio y clasificarse los asuntos a resolver, en diversas categorías, requiriendo, por ejemplo, ciertas mayorías para cada caso. También podrán fijarse pautas para la retribución de los directores, o su carácter honorario; incluso podrá preverse la responsabilidad del o los accionistas que hubieran designado al director por el proceder de este.

76. En lo atinente al directorio o administrador podrán preverse mecanismos para ciertos actos y contratos, estableciéndose plazos para que estos se expidan incluso en consulta con los respectivos accionistas. En particular se podrán prever criterios para el otorgamiento de poderes. Podrán estipularse también mecanismos para el manejo de fondos, o dividirse la gestión de diversas unidades de negocios entre los distintos directores; en ese sentido, deberán pautarse mecanismos internos para la indemnidad de los directores no intervinientes.

77. En lo referente a la junta o asamblea de accionistas, podrán preverse mecanismos adicionales a los legales para la convocatoria, sin dejar de cumplir con aquellos. Podrán preverse mayorías más severas que las legales o estatutarias para la adopción de resoluciones tanto en el directorio como en la

asamblea, dependiendo del tipo de asunto de que se trate, según las clases de asuntos, que deberán categorizarse en el pacto parasocial; en esos casos es relevante la precisión en la descripción de los supuestos calificados por su trascendencia para los que se establecen distintas mayorías para resolver. Este tipo de mayorías más severas pueden conducir a situaciones de bloqueo en la toma de decisiones de no reunirse las voluntades requeridas, si el directorio o la asamblea no logra adoptar una resolución respecto de alguno de los asuntos que requieren mayorías especiales, conforme lo edictado en el pacto parasocial, previéndose mecanismos de negociación tendientes a la solución del tema, estableciéndose parámetros de diligencia y buena fe a esos efectos, con plazos para las diversas etapas. De no arribarse a una solución por esta vía, podrá preverse la solución sirviéndose de terceros en caso de no arribarse a las mayorías previstas, para lo que habrá de disponerse la forma de designar a dichos terceros o un mecanismo aleatorio para el caso en que tampoco se arribare a acuerdo en este asunto, debiéndose establecer con qué mecanismos, y con qué documentación el tercero designado deberá expedirse. Por las características de la situación, la opinión del tercero debe reconducirse a un caso de dictamen vinculante. En ese marco, el tercero deberá contar con *expertise* y por el impacto que el bloqueo puede tener en los negocios sociales deberá adoptar rápidamente resolución, sirviéndose de los procedimientos, según los asuntos de que se tratare; todos estos aspectos son del caso regular. Los pactantes deberán asumir la obligación de adoptar en el órgano colegiado de que se trate lo dictaminado por el tercero, cabe preguntarse qué ocurre si no lo hicieran. Para ese tipo de situaciones puede preverse que el para que el órgano social prohíje la opinión del tercero y adopte la resolución respectiva alcanza con la mayoría simple.

78. También podrán incluirse cláusulas que regulen la selección de los auditores externos de los estados contables. Asimismo, disposiciones en torno al ejercicio del derecho de información, si se entiende que debe superar en cuanto a la información a la que se podrá acceder, el previsto en la legislación respectiva, individualizándose el procedimiento para la solicitud y el alcance de los aspectos que deben ser informados al solicitante.

79. En lo referido al órgano de administración, cabe remitirse a lo concluído al analizar las componentes personales del pacto y la regulación para pactos omnilaterales. Pero aun en pactos donde no se reúnan todos los socios pero que estén integrados por el grupo de control, podrá definirse la integración pretendida, la forma

de designación de los directores, *v. g.*, cada accionista al designar un integrante en el directorio de la Sociedad, tales accionistas designarán los directores, entre otras. En ese caso deberá preverse qué ocurre si el accionista que debe designar no lo hace y cuáles son los mecanismos de designación. Podrán establecerse limitaciones a la reelección o preverse por el contrario que podrán ser reelectos sin limitación alguna. Asimismo, podrá preverse un régimen de funcionamiento y el procedimiento de la convocatoria, estableciéndose adicionalmente, por ejemplo, que solo podrán tratarse los asuntos contenidos en el orden del día o en cambio todos los que se entienda del caso plantear, o que para incluirlo será necesaria la aprobación del directorio; también la posibilidad de los directores de nombrar representantes y los requisitos a tales efectos. En relación con la remoción, de regularse el derecho de designación por accionista, podría preverse que podrán ser removidos sin causa si quien los designó así lo requiere, en ese caso, deberá preverse también la forma de remoción, para el caso de salida del accionista que lo designó y ya no revista la calidad de tal, esa lógica de derecho de designación por los accionistas comportará en la regulación, la previsión de inmediata remoción a instancias de este, de los directores designados por él que se aparten de cualquier comportamiento debido, incluido el emanado del pacto parasocial y, consecuentemente, también podrá preverse la responsabilidad solidaria del accionistas respecto al comportamiento de “su” director, lo que debería estipularse; de esta forma, el accionista se constituirá en obligado solidario respecto a la indemnización de los daños que causare el director que designó.

80. Al regularse el funcionamiento del órgano de administración, podrán identificarse ciertos asuntos que solo podrán ser resueltos con el voto conforme de todos los integrantes del órgano o de una mayoría calificada. A su vez podrá preverse que la celebración de cualquier operación, contrato, acuerdo u otro tipo de transacción entre la sociedad y un accionista o sus sociedades controladas, controlantes o sujetas a control común con dicho accionista, deberá ser autorizado por el Directorio, remitiéndose a las condiciones de mercado para su celebración, fijándose plazos, términos de pago y tasas de interés que razonablemente se correspondan con lo habitualmente pactado entre partes independientes en las circunstancias de mercado imperantes. Esto puede implicar desacuerdos entre los accionistas, respecto de qué

debe entenderse como condiciones de mercado en un caso concreto, lo que lleva a la situación de definición por terceros independientes, acudiéndose a mecanismos de arbitraje si se entiende del caso.

81. En el convenio de sindicación se incorporan mecanismos antidilución regulando las diversas situaciones que pueden presentarse y las decisiones que en la secuencia temporal que supone deban adoptarse, o al menos quiénes deberán consentir ir en un sentido u otro. También pueden pactarse primas de emisión para que, por ejemplo, el inversor aporte una determinada cifra al capital, la que también podría aportar el otro socio, el emprendedor, o el titular de la idea, o la persona referente por sus calidades personales del negocio, y un adicional por concepto de prima, que se destinará al financiamiento esperado, sin que esto impacte en las respectivas porciones de capital. Debe tenerse en cuenta que a efectos de evitar pérdidas de poder político, aun en caso de dilución, pueden preverse en los convenios materias vinculadas al voto o aquiescencias necesarias para la toma de ciertas decisiones en el pacto parasocial. En cuanto al derecho de receso, en materia parasocial el asunto se ubica en, cómo cada quien regula sus propios intereses, respecto a ese derecho potestativo que surge para el accionista en determinados supuestos, sin que esto incida tampoco en la sociedad. De esta forma, en el convenio puede pactarse un aumento de capital, y pueden los accionistas obligarse a votarlo, y a no receder. Podría pensarse en que el objeto deviene ilícito cuando se celebra el pacto, por ejemplo, entre los accionistas que ejercen el control como mecanismo para la dilución de las participaciones de accionistas minoritarios. Esto no resulta de recibo; la eventual nulidad deberá predicarse respecto a la resolución de la asamblea que se adopte. La decisión de aumentar el capital social debe ser fundada y responder a necesidades de la sociedad. En ese sentido, y admitida la posibilidad de regularla en pactos parasociales, ocupan un lugar común los pactos de aportación de capital, en los casos de “venture capital”

82. Otro aspecto regulable es la extinción de la personalidad del pactante por la muerte o por la disolución de la persona jurídica, respectivamente. En este último caso, si alguna de las partes se disolviera, salvo por fusión con otra de las partes, pueden preverse alternativas, de forma de evitar que las acciones sigan un rumbo dominial diverso al que se pactó, por ejemplo, reconduciendo la situación a una condición suspensiva de un acuerdo de compraventa recíproca de acciones entre las otorgantes sindicadas, deberá establecerse el precio en ese caso de compraventa sujeta

a condición suspensiva. También la muerte puede insertarse como un requisito voluntario de eficacia, en este caso, por la certeza de que ocurrirá, será un plazo incierto y no una condición, también será un plazo si lo considerado es el plazo de vigencia de la persona jurídica socia. Esto no ocurrirá si la socia es una cooperativa que por definición no tiene plazo determinado de duración, por lo que solo se tratará la disolución, en ese caso de un supuesto de condición, evento futuro e incierto.

83. Podrá regularse también la situación en que las acciones o participaciones sociales que componen el capital de una persona jurídica socia han sido comercializadas y por tanto el control de la sociedad, que a su vez es socia, ha variado, ingresando por ejemplo a controlarla un competidor u otro sujeto de derecho que no se reputa apropiado. Como un supuesto de hecho similar a los que vienen de referirse, condición suspensiva de un contrato de compraventa de acciones respecto a los restantes sindicados.

84. El derecho de arrastre –*drag-along right*– comporta el supuesto en que cualquiera de los accionistas recibiera una oferta de un tercero para adquirir la totalidad de las acciones de la sociedad. El accionista que recibe la oferta podrá exigir al resto de los accionistas, para participar conjuntamente de la venta de la totalidad de sus respectivas acciones; en otros términos, los restantes accionistas, o en otros términos estos se encuentran en una situación jurídica pasiva. El pacto de *drag along* se subsume o en un contrato preliminar de venta de acciones unilateral y encuadra o en la figura del contrato con persona a nominar o de la estipulación para otro, según lo que se haya establecido efectivamente, siendo imprescindible procurar los mecanismos asegurativos para lograr el cumplimiento del socio cuyas acciones o partes se arrastran en venta, de forma de evitar que el obligado adopte una conducta extorsiva, cuya prevención es justamente la razón del pacto. Otra alternativa es conformarlo como un negocio de opción, figura en la que el concedente emite una oferta irrevocable de contratar, que deviene tal como efecto de dicho negocio jurídico bilateral que no genera obligaciones, sino la privación por parte del optante de revocar la oferta, en tanto el beneficiario se encuentra en situación de derecho potestativo. En la opción surge la propuesta del eventual contrato, que se verificará si el beneficiario ejerce el derecho potestativo. Este segundo contrato, en el caso de la compraventa de acciones o

partes sociales, es eventual. Es un negocio separado y autónomo respecto al contrato definitivo. El socio queda en situación jurídica de sujeción. El pacto de arrastre se conforma en esta alternativa con la propuesta irrevocable surgida de ese negocio jurídico bilateral, que oficia de oferta en el segundo contrato, el pacto de opción despliega efectos desde el momento de la celebración y dependerá el perfeccionamiento del contrato de compraventa de acciones de la propuesta de adquisición por parte del tercero, que será en ese caso el beneficiario del derecho potestativo, de forma tal que alcanzará con que el tercero acepte la oferta que surgirá del *drag along* para que se perfeccione la compraventa. El pacto podrá resultar condicionado a que el otro socio venda y allí desplegará efectos el negocio de opción, forma clásica de pacto de arrastre. Pero también podrá establecerse que queda formulada la oferta para que el tercero opte por el pacto denominado con el anglicismo *bring along*. Esto no tiene incidencia en cuanto a la calificación como negocio de opción ni tampoco en lo referido al funcionamiento, sea que se dispare cuando el socio que arrastra indique que va a vender, sea que el tercero notifique directamente al socio que ha formulado la opción que acepta la oferta, el resultado no varía. Solo se prevé que la recepción –o conocimiento– dependiendo del régimen positivo de que se trate de la aceptación de la oferta, perfeccionará el contrato de compraventa, título hábil para la transferencia de las acciones o partes sociales, pues es en cabeza del tercero adquirente que se ubica la titularidad del derecho potestativo que surge de la opción. Esta estructura permite un mecanismo más eficiente para el arrastre, pues la resistencia del sujeto que se encuentra en situación de sujeción jurídica no es trascendente porque fatalmente el titular del derecho potestativo, con su expresión de voluntad genera la transformación.

85. Los enunciados normativos que conforman el denominado derecho de acompañamiento-*tag-alongright* sirven, para neutralizar los efectos expropiatorios de las ventas ineficientes para el valor conjunto de la sociedad. Podría sostenerse que se genera una mera obligación de hacer. Pero podría reconducirse a la situación de garantía del hecho de un tercero. Se reconoce así al beneficiario, en general el socio minoritario, de enajenar sus acciones o participaciones, en situación de paridad con lo acordado por el socio mayoritario, en tanto este tenga interés de no permanecer si no lo hace aquel, v. g., no se siente cómodo con el nuevo controlador. El socio mayoritario garantiza –o se obliga según se postule– que el tercero se tornará adquirente de las participaciones minoritarias, en tanto el minoritario puede o no

vendérselas. Se reconduce, desde el punto de vista jurídico, a una promesa de hecho del tercero o *porte fort*, pero condicionado. La condición, hecho futuro e incierto, no ingresa en la categoría de condición meramente potestativa, inadmisibles en tanto tal, pues se vincularía con un hecho del propio deudor indiferente para el mismo, sino de una condición potestativa mixta, esto es, se relaciona con la voluntad del promitente, socio mayoritario, de enajenar las acciones a un tercero, pero este tiene un interés personal, objetivamente constatable, en que este hecho –compraventa– se realice. Podrá pactarse que la condición se entiende verificada por diversos actos jurídicos tendientes a concretar la enajenación, sin que se sea imprescindible que se haya procedido a la tradición. Respecto a si lo emergente del pacto conforma una garantía –responsabilidad objetiva– o una obligación y en su caso, cuál es el factor de atribución de la responsabilidad para el caso de incumplimiento, dependerá de la regulación de cada ordenamiento jurídico. En el Derecho argentino el art. 1026 CCyC conforma como obligación la promesa del hecho de tercero, indicando que quien promete el hecho de un tercero queda obligado a hacer lo *razonablemente necesario* para que el tercero acepte la promesa, lo sujeta a la diligencia exigible, y prevé que se ha obligado de forma objetiva, si ha garantizado que la promesa sea aceptada, queda obligado a obtenerla y responde personalmente en caso de negativa. En cambio, en el Derecho uruguayo, para el caso de promesa de hecho del tercero, la responsabilidad es objetiva, salvo pacto en contrario, por lo que si se subsume en esta figura la situación consistente en que el sujeto obligado al *tag along*, o sea, el socio mayoritario o principal, no obtiene el consentimiento del tercero para que adquiera la participación del minoritario, responde de la conducta del tercero. El factor de atribución en ese caso es objetivo, garantía, y el sindicado como obligado a responder lo hace si el tercero no adquiere las acciones, en cuanto garante de un comportamiento ajeno. Debe garantizar la indemnidad del socio beneficiario de la garantía, esto sin perjuicio de las garantías – en el sentido del término que no incumbe a un factor de atribución de la responsabilidad, sino a sumar situaciones jurídicas activas– que se hubieran establecido, v. g., prenda sobre las acciones. El CC español no regula la promesa de hecho ajena, por lo cual debe estarse a lo que se establezca específicamente en el contrato. Las consecuencias serán diversas, según se caracterice como obligación de

procurar el hecho del tercero, obligación de hacer, como obligación de indemnizar si el tercero no cumple, o como asunción de riesgo de que el tercero no desarrolle lo pretendido, o aun como garantía. En Brasil, arts. 439 y 440 del CC cuando configura un vínculo patrimonial por el que el promitente se obliga a favor del promisorio a un hecho del tercero, la dogmática de aquel país la califica como obligación de hacer consistente en obtener del tercero el comportamiento prometido, incluida “*a celebração de umnegócio jurídico*”. Ahora bien, en ese sistema jurídico, con la particular incidencia que tiene la buena fe y la función social del contrato, se ha llegado más lejos, planteándose que en la interpretación de lo pactado habrá que analizar infiriéndolo de las circunstancias, de los usos del tráfico del comportamiento de las partes, de la buena fe objetiva, si el promitente responde, no ya del hecho de que el tercero se obligue, sino de que cumpla con la obligación ya asumida, el factor de atribución de la responsabilidad es objetivo, asimilándose el supuesto a una obligación de resultado. Como particularidad específica de dicho ordenamiento cabe señalar que no hay responsabilidad si el tercero fuera el cónyuge del promitente, dependiendo de su anuencia al negocio, siempre que conforme al régimen de bienes del matrimonio, y el pago de la indemnización recaiga “de algún modo” sobre sus bienes.

86. Ciertas situaciones previstas para las sociedades de profesionales no son más que compraventas sometidas a condición (incapacidad, divorcio) o a plazo cierto y determinado (edad jubilatoria) o cierto e indeterminado (muerte), en este último caso se combinan los plazos el que se verifique primero hace que despliegue sus efectos la compraventa. Estas consideraciones son trasladables en general a las sociedades anónimas cerradas.

87. Para evitar el incumplimiento de estas obligaciones resulta decisivo prever mecanismos severos de garantía. En las sociedades personales la ley establece este tipo de limitaciones, pero la parca regulación legal torna conveniente el detalle a través de pactos parasociales. Aquí juegan dos intereses contrapuestos, el del socio que se retira o fallece y en ese caso el de sus sucesores a título universal o singular, por un lado, y el de los restantes socios que permanecen en esta, por otro.

88. En lo relacionado a derechos económicos, en un pacto parasocial pueden establecerse criterios de preferencia o cesiones de créditos futuros, condicionadas al supuesto de liquidación o venta de la compañía, en favor de alguno de los pactantes. Situación que básicamente se establece en favor del inversor, de forma que en caso de liquidación se pueda morigerar la pérdida de lo invertido. En

este sentido, es posible pactar diversas modalidades, conocidas por su denominación en inglés, que van desde la menos gravosa para el socio fundador, en la que los inversores tendrían derecho a percibir el importe que aportaron a la sociedad y los dividendos devengados, hasta otra variante mucho más severa, que implica que en caso de liquidación o de venta de la compañía, los inversores recuperen su inversión, multiplicada por la cifra que se acuerde, lo que impacta negativamente en los fundadores y otros socios o accionistas que se hayan incorporado luego. Una última variante, de cláusula típica, entraña que el inversor recibe la inversión realizada y, además, si hubiese excedente, este se reparte entre todos los socios a prorrata de su porcentaje en el capital social de la sociedad, lo que genera que el inversor recupera su inversión y recibe del remanente, un porcentaje equivalente a su participación en el capital.

89. Respecto al *crowdfunding*, se basa en un aumento de capital y el ofrecimiento y posterior adquisición por un gran número de personas físicas o jurídicas, de acciones o partes sociales, a través de mecanismos en línea, con oferta en una página web, quienes las adquieren son personas que conforman el denominado *crow* y financian *–funding–* cierto proyecto. Otras variantes ajenas al objeto del presente se basan en donaciones, aun modales, para la financiación del proyecto, o a tomar pasivo, constituirse en deudor frente a los a la sazón mutuantes. La variable respecto a lo que ocurría en el siglo XX es la vía por la que se difunde el canal de captación, no el mecanismo de recabar muchos inversores para una compañía, o socios para otros tipos. Las cooperativas de consumidores –consumo, ahorro y crédito– afiliaban masivamente desde hace más de cien años a socios, incrementando de forma exponencial la membresía.

90. Pasando al elemento causa, en torno al tipo de pacto parasocial, convenio de sindicación, la ausencia de promoción del fin común por todos los sindicados, no es óbice para calificarla como contratos asociativos en sentido amplio, puesto que existen obligaciones convergentes que tienden a la obtención de un fin común. Si así fuere, no resultarían de aplicación en subsidio las disposiciones que regulan los contratos de gestión, como en el ejemplo que aportaba la dogmática española clásica. Asimismo, si se considera que existen obligaciones en el sindicato

que no reviste la calidad de socio, que tienen que ver con la organización y el funcionamiento del sindicato, se estaría en presencia de una actividad en común de todos los sindicatos, por lo que también en este caso el negocio encartará en la categoría contrato plurilateral asociativo.

91. Respecto a negocios sobre el voto, en sistemas como el español y el uruguayo, hay que estar advertido de no confundir causa y motivos o móviles, entendiendo por estos últimos las motivaciones personales que impulsan a las partes a celebrar el contrato. En el sistema argentino, la conclusión varía, pues puede considerarse esos motivos esenciales, siempre que se hayan incorporado siendo convenidos –no alcanza con la noticia de una parte a la otra–, aunque ese acuerdo, si los motivos son esenciales, podrá ser tácito y en ese caso deberá inferirse inequívocamente de lo pactado, por deducción. En el sistema español y en el uruguayo, el fin inmediato y objetivo –causa– de todo convenio de sindicación para el voto consiste en influenciar, mediante el ejercicio del voto, la voluntad social, el fin perseguido, es común y sirve para satisfacer los intereses de todos los sindicatos, más allá de los motivos o finalidades mediatas perseguidas. El objetivo es común y el beneficio se obtiene para todos de la consecución de dicho objetivo. En la Argentina, la conclusión es diferente, según se haya convenido expresa o tácitamente la trascendencia de un motivo. En torno a la causa ilícita, se cita en esta sede la recepción de contraprestaciones por el ejercicio del voto, por la concepción de objeto y causa a la que adherimos, lo ubicamos en sede de objeto. Se cita como un supuesto de causa ilícita, la utilización de estos convenios para que aparezca votando una persona en lugar de otra, que ordena el sentido del voto, por ejemplo, en materia de ciertos servicios, donde la normativa exige solvencia moral a las personas físicas, si quien ostenta el control es un tercero dedicado, por ejemplo, profesionalmente a negocios ilícitos. El caso puede reconducirse a la interposición ficticia de personas o simulación relativa subjetiva, caracterizada por la existencia de un sujeto interpuesto ficticio, que actúa como prestanombre o testaferro del interponente. En ese escenario, el supuesto pacto parasocial no es más que un contradocumento, pues quien contrata realmente es el sujeto que no reunía la calidad para la actividad que pretende desarrollar. Lo que se simuló fue una de las partes en el negocio. Si el tercero vg otro sindicato, no sabía la situación, ingresa en un caso de interposición real de personas el interpuesto real es un propietario efectivo y verdadero, aunque obra en interés ajeno, en el del sujeto que será el destinatario final de los efectos.

92. Al Derecho español y argentino, los vincula y los diferencia del sistema brasileño y del uruguayo, la ausencia de normas legales que hagan aplicable a un tipo social, mediante un procedimiento (comunicación, inscripción en un registro público), lo dispuesto en un pacto parasocial, haciendo así el pacto eficaz respecto a la sociedad y oponible a terceros.

93. En el Derecho Español la celebración, prórroga o modificación de un pacto parasocial que tenga por objeto el ejercicio del derecho de voto en las Juntas generales o que restrinja o condicione la libre transmisibilidad de las acciones o de obligaciones convertibles o canjeables en las sociedades anónimas cotizadas debe ser comunicada con carácter inmediato a la propia sociedad y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Dicha publicidad constituye un requisito legal de eficacia, pues previo a la inscripción, el negocio será válido pero ineficaz. Quedarán incluidos los convenios de sindicación que establezcan derechos de adquisición, con base en otras situaciones de derecho de crédito que independientemente de la fuente, *v. g.*, contrato, o del soporte valores negociables, que tengan como contenido el devenir accionista de una sociedad cotizada, como negocios de opción, derechos de suscripción preferente, entre otros que arrojen esa ventaja o provecho. Si solo intervienen titulares de obligaciones convertibles, o en general de derechos de crédito respecto de acciones, estos negocios no quedan alcanzados por lo dispuesto en los artículos referidos según la tipificación de pactos parasociales que hemos efectuado, podría sí tratarse de un hecho relevante que “pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario” y en el marco del art. 82 de la LMV dársele publicidad, pero no resultará aplicable el régimen al que refiere esta conclusión. Los pactos parasociales para el órgano de administración deberán informarse de acuerdo con lo establecido en el art. 82 de la LMV y la circular 4/2009, por tratarse de información relevante, y en la de las OPAS parece apropiada la publicación de todos los pactos de sindicación para el órgano de administración que tengan por objeto establecer una política común e influir en la gestión de la sociedad. Sin embargo, la eficacia de dichos pactos no quedará, en nuestra opinión, sometida al requisito legal de eficacia de la inscripción

94. En la misma línea de argumentación, en España, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, debe calificarse de irrelevante el volumen de votos que involucren al pacto parasocial, alcanza a todos los pactos, los de la sociedad cotizada y los de su controlante, así la sindicación refiera a socios minoritarios. La extensión del pacto no debe ser considerada para evaluar si debe o no ser inscripto, y aquí importa la tipificación contractual; en efecto, un mandato no encarta en un pacto parasocial, ni un negocio de garantía.

95. La legislación española no se regula un plazo máximo de duración de los convenios de sindicación inscribibles, el límite surge de la conexidad contractual, lo mismo en cuanto a la forma de la desvinculación en caso de convenio sin plazo, que tendrá como límite los supuestos de abuso de derecho o lo regulado por los otorgantes. No parece de recibo entrar en consideraciones respecto al contenido del pacto que trasciendan lo que indica la ley, esto es, analizar si el pacto tiene como finalidad influir de tal o cual manera en la sociedad o establecer una cierta política; en efecto, respecto a la gestión, esto comportaría la ponderación en cada caso por parte del que tiene la carga de inscribir y del registrador, lo que no es admisible.

96. A partir de la relación creada por el convenio de sindicación y del cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación para sociedades cotizadas, para el caso de presentarse un conflicto entre los otorgantes del convenio que establece restricciones a la transmisibilidad de las acciones y un tercero adquirente, la ley no fija un criterio contemplando en forma excluyente el derecho de la parte, respecto del tercero. En el sistema español, el pacto publicitado de una sociedad cotizada no será oponible al tercero adquirente, la situación ingresa en un supuesto de tutela aquiliana del contrato o del crédito. Ante la publicidad noticia en todos los casos debe suponerse que el tercero está de mala fe, si el mismo se sirvió de asesores y es demandado, podrá repetir contra ellos, esto es, contra los que lo asesoraron para adquirir las acciones, aunque conocían o debían conocer la existencia del negocio. La transmisión es válida y eficaz, constituye un evento dañante respecto de los pactantes, el sindicado incumplidor responderá por el incumplimiento de su obligación y el adquirente responderá extracontractualmente, salvo que demuestre que no conocía lo pactado; esto será particularmente difícil si tenía las competencias en razón de su formación, pues en ese caso, o lo conocía o debía conocerlo.

97. Los convenios de sindicación de socios o accionistas que ingresan en una categoría denominada protocolo familiar, tienen como objeto regular las

relaciones económicas profesionales entre los miembros de la familia que ostentan la condición de socios y la gestión y organización de la empresa, tendiendo a prevenir las eventuales incidencias que se produzcan en la familia, relacionadas con la unidad productiva. En el Derecho español se prevé su publicidad, no regulándose en este sistema otro tipo de protocolos familiares, por ejemplo, otorgados en una empresa de un solo titular, donde trabaja su familia. En esta regulación se requiere el consentimiento de los otorgantes, en tanto el documento probablemente contendrá datos confidenciales de estos, pero luego hay una ponderación por parte del órgano de administración, que es quien define “el interés social”, su contenido y en su caso si lo entiende apropiado procede a la inscripción. Esta situación que hemos analizado, se subsana definiendo en el propio convenio de sindicación “protocolo familiar”, si se acuerda o no la publicación de todo o parte del convenio. La publicación puede realizarse en la página web de la sociedad, s se refiere a la pagina web institucional registrada conforme procedimiento previsto al efecto, no en una que pudiese tener la compañía por razones comerciales. Otra alternativa, como es hacer *constar en la hoja abierta a la sociedad la simple existencia de un protocolo familiar, pero no su contenido*. Otra variante de publicidad consiste en la inclusión de copia o testimonio total o parcial de un *documento público* donde conste el protocolo, el cual el órgano de administración acompañará *al depositar las cuentas anuales*. En ninguna de las variantes analizadas debe incluirse en el *Boletín del Registro Mercantil* por no haber norma que así lo imponga.

98. Respecto al control de Protocolo Familiar a registrarse en el Derecho Español, el registro se limitará a comprobar que no infringe de forma clara, ostensible, ningún precepto de carácter imperativo, a este respecto cabe remitirse a lo señalado en conclusiones precedentes.

99. El pacto parasocial no pierde la calidad de tal por su publicación, y su contenido podrá variar las conductas debidas, conforme establece el estatuto, siempre dentro de los marcos de la autonomía privada. El protocolo informa sobre cómo se procesará la voluntad en la interna de la compañía; lo mismo ocurre respecto a la transmisión de las acciones, si en el protocolo se establecen opciones de compra a favor de los familiares, derechos de arrastre o acompañamiento, el tercero podrá saber *ex ante* cuál es la regulación cabal y completa de la interna societaria.

100. El haber colocado al Derecho español junto al Derecho argentino, en la sistematización de la investigación, hace percibir que de la inscripción no surge la oponibilidad de los pactos inscriptos, se trata de una mera publicidad noticia. Las consecuencias de la existencia de tal tipo de publicidad respecto de terceros, son las que relevamos para los pactos parasociales cuya inscripción es preceptiva, celebrados en las sociedades cotizadas españolas, y dicen relación con la mala fe de los terceros que colaboren en el incumplimiento de las obligaciones emergentes del pacto.

101. Los protocolos familiares son un tipo de convenio de sindicación que se acerca a un contrato marco. Se trata de pactos parasociales que a la vez que crean obligaciones dentro de los acuerdos sociales inscribibles –resoluciones de la asamblea de socios o accionistas– puede que algunos de ellos se hayan adoptado en ejecución de un protocolo familiar. Si así fuera, debe dejarse constancia en la escritura que debe recogerlo, pero respecto a la resolución -acuerdo- social, es inscribible en tanto tal y la referencia al protocolo familiar dice relación con la asignación de significado, con la interpretación y percepción global del fenómeno. No será necesario realizar esta calificación cuando el protocolo hubiera sido previamente depositado, precisamente por haber sido calificado ya -calificación impuesta -. Por otra parte, deberá el registrador corroborar que, efectivamente, el acuerdo fue adoptado en ejecución del protocolo familiar.

102. Una oferta pública de adquisición OPA puede caracterizarse como la manifestación de voluntad por la cual un sujeto de derecho, actuando de forma individual o concertada con otros ofrece, de manera irrevocable y a un precio equitativo, adquirir la totalidad de las acciones con derecho a voto de una sociedad admitida al régimen de oferta pública de acciones, por un tiempo prefijado y sujeto a un procedimiento especial de control de los términos y las condiciones de la oferta. La oferta deberá hacerse extensiva a los titulares de dichas acciones y a los tenedores de derechos de suscripción u opciones sobre esas acciones de valores de deuda convertibles, u otros valores similares que directa o indirectamente puedan dar derecho a la suscripción, adquisición de valores negociables o conversión en esas acciones con derecho a voto. .

103. El derecho positivo, en ciertos casos, establece que verificados ciertos supuestos de hecho, se deberá formular la oferta. Por el lapso establecido para la posible aceptación de la oferta, es posible suspender la eficacia de convenios de sindicación; para el contenido relacionado con la transmisibilidad de los valores, para lo

estipulado sobre el voto, no aplicará a la junta general de accionistas que decida sobre estas posibles medidas de defensa. Respecto a los primeros, la suspensión encuentra su fundamento en que de no suspenderse, los accionistas sindicados no podrían aceptar oferta, sin incumplir el pacto. En referencia a la suspensión de los efectos de la sindicación para el voto, esta se funda en brindar a los accionistas sindicados, en esta particular coyuntura, priorizar su interés individual, adoptar o rechazar medidas. Cuando se realiza la oferta en cumplimiento de lo previsto en la ley española pueden existir regulaciones originadas en pactos parasociales, respecto a la transmisibilidad de las acciones, y dentro de las resoluciones que podrá adoptar la junta por ese mecanismo se encuentra la de disponer la ineficacia, durante el plazo de aceptación de la oferta, de las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones previstas en pactos parasociales, de las restricciones al derecho de voto previstas en los estatutos o en los pactos parasociales, para la junta general de accionistas que decida sobre las posibles medidas a adoptarse. Cuando la sociedad decida aplicar estas medidas de neutralización, debe indemnizar los daños por las pérdidas sufridas como consecuencia de estas. Se trata de una indemnización que deberá estipularse en los estatutos de forma que el accionista resulta alcanzado por lo estipulado y sabe *ex ante* –pues debe establecerse la forma de liquidarla– cómo se liquidará que parece justificado que se prevea el derecho de los integrantes del pacto a recibir una compensación adecuada. En efecto, es un tercero (la sociedad) el que interfiere en sus esferas jurídicas, interviniendo en el negocio celebrado por otros los sindicados. Cabe acotar que aun si el legislador confiere a uno de los otorgantes la posibilidad de intervenirlo, debería prever la indemnización de los daños. En puridad, como la estipulación se inserta en el propio estatuto impacta en el pacto parasocial, que es un negocio conexo. Pero en aras de evitar otra forma de centralización del poder que eluda la regulación de tener que efectuar una OPA, se alude a quien tiene, individualmente o de forma conjunta con las personas que actúen en “concierto con ella”, una participación de control de una sociedad, cuando alcance, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30 por 100 o cuando haya alcanzado, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto inferior y designe, en los veinticuatro meses siguientes a la fecha de la adquisición del porcentaje inferior, un número de directores –consejeros– que, unidos a lo que ya

hubiera designado, representen más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad. También procurando arribar a quien “mueve las piezas” - tomando el poema de Borges que luce al inicio de esta obra- adiciona a los que actúen en nombre propio, pero por cuenta ajena o de forma concertada con ella; de seguido define que se entenderá que existe dicho concierto cuando dos o más personas colaboren en virtud de un acuerdo, ya sea expreso o tácito, verbal o escrito, con el fin de obtener el control. Para determinar si se alcanza el porcentaje requerido deberán considerarse todas las acciones de los sindicatos, que cuando se sindicán pasan a ser considerados como grupo relevante, a efectos que se dé el supuesto de hecho que hace que deban ofrecer las acciones por esta vía. Entonces, en caso de concentración o de concertación debe formularse la OPA. El control societario ontológicamente supone tiempo, por lo que dentro de los pactos parasociales, solo un convenio de sindicación da mérito a que se verifique el supuesto de hecho previsto en la ley para que deba formularse la OPA. Es necesario el tiempo como duración para que esto se configure, no alcanzando el supuesto previsto a un acuerdo puntal, esto alcanza también a la concertación. Se aprecia que se trata de una obligación divisible. Efectivamente, cada accionista podrá dar cumplimiento a esta ofreciendo sus acciones, no encontrándose norma de la que surja la indivisibilidad. Determinada la divisibilidad, cabe preguntarse si la obligación será solidaria o simplemente mancomunada, en ausencia de norma que imponga la solidaridad esa debería ser la consecuencia, la solidaridad, no podrá imponerse; esto, en función de la regla de clausura del sistema que surge del principio de legalidad, no podría imponerse, en tanto nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda. Sin embargo, se ha apreciado una tendencia jurisprudencial a imponer la solidaridad, aunque no exista norma expresa que la imponga en particular.

104. También en el Derecho español cuando se conviene tomar el control, atribuyéndose a un sujeto la posibilidad de ejercer los votos de los otros pactantes, el que debe formular la OPA es quien tenga, directa o indirectamente, el mayor porcentaje de derechos de voto, y si los porcentajes de dos o más accionistas coinciden todos ellos. Esta opción apunta a que el que maneja el sindicato sea el que debe formularla; si adicionamos que quien maneja el sindicato maneja la sociedad, la consecuencia se revela impecable, si por paridad ninguno tiene el control del sindicato, por tener iguales votos, todos deben formular la oferta al texto de los enunciados normativos y tratándose de Derecho sancionatorio, la sanción corresponderá al sujeto designado en la norma como obligado, el mayoritario, de forma que quien se integre al

sindicato desde ese lugar deberá ponderar *ex ante* este extremo, pudiendo resultar un elemento para la determinación del peso de cada uno a nivel de las decisiones, esa situación en que se ubica el mayoritario, lo que tendrá impacto también en lo económico. El sindicato que tenga una mayor porción del capital de la sociedad, es entonces el obligado, *ex lege*, convencionalmente podrá preverse por los mecanismos de estilo en los convenios de sindicación, antes referidos, que los restantes sindicatos deberán acompañarlo.

105. Cuando se expresa la voluntad, en cualquier forma, se está ante un pacto parasocial, negocio que no es solemne; hay manifestación intencional de voluntad, secundada por el ordenamiento jurídico, emitida por sujetos titulares de competencia normativa, que por su actuación generan derecho positivo. En cuanto al objeto de este negocio, este debe referir al tiempo como duración, pues esto importa la asunción del control, ese negocio jurídico es tomado como hecho por la aplicación de otras normas, en el caso es el hecho generador de la obligación de emitir una OPA. Si no hay acuerdo de voluntades, debemos analizar si es concebible una situación de concierto, y en ese caso, qué implicaría una situación de concierto, si la situación de prácticas conscientemente paralelas, que no exigen el elemento consensual, implica una situación de concierto. La respuesta es negativa, y la mención a concierto refiere más que nada a una situación de prueba. En efecto, ante la dificultad de acreditar la existencia de un negocio jurídico, que puede haberse celebrado en una charla, no puede acreditarse, y entonces del comportamiento de los pactantes se infiere la existencia del negocio; si hubo voluntad de actuar conjuntamente hay negocio, en cambio, la práctica consistente en *voto lo que vote otro accionista pues lo sigo, porque lo entiendo apropiado a mis intereses, sin consentimiento entre ambos* no encarta en el supuesto legalmente previsto. La mención de la doctrina a un acuerdo de caballeros no es admisible, todos los acuerdos deben cumplirse de buena fe y por ende, todos son acuerdos de caballeros; el negocio no es solemne y, por tanto, alcanza con expresar la voluntad de actuar en cierto sentido. Esto que viene de señalarse no puede neutralizarse indicando que si se celebra un convenio, este debe inscribirse en una sociedad cotizada si se dan los supuestos previstos en el art. 531 y siguientes de la LSC, pues ello es tan cierto como irrelevante a los efectos que nos ocupan; el comportamiento exigible luego

de celebrado el negocio no incide en su calificación, sino que tiene otros efectos, antes analizados. Si se otorga un negocio de este tipo, este será válido, aunque no será eficaz si no se inscribe, en tanto se encuentre otorgado por sujetos dotados de capacidad jurídica y poder normativo negocial, si no es eficaz no habrán nacido las obligaciones, ese elemento no dice relación con la validez del negocio. La existencia de este negocio constituye el supuesto de hecho previsto en la ley para que haya que emitir una OPA, y de esta forma se explica la mención a concierto, que en puridad alude al contrato celebrado, pero ineficaz por no haberse cumplido el requisito legal de eficacia previsto en la LS.

106. A partir de asumir que el centro de la cuestión es quien “la trama empieza” –al decir del poema de Borges que encabeza esta obra–, se dilucida otro tema profusamente debatido en la dogmática española, para las OPAS y su relación con los pactos parasociales, la situación de quienes, en los veinticuatro meses siguientes a la fecha de la adquisición del porcentaje inferior al treinta por ciento, han designado un número de consejeros que, unidos, en su caso, a los que ya hubieran designado por separado, representen más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad. Lo decisivo es el control, se reúne la junta y se designa a A y B, con los votos de los accionistas x y z; transcurre un año y se designa a C con los votos de los mismos accionistas, pero estos no han concertado ningún acuerdo al respecto, sino que han entendido apropiado su designación; parece evidente que no es la materia que se pretende regular. La situación que genera el control tiene que ver con que como consecuencia del pacto por el que se regula el voto en las comisiones ejecutivas o delegadas del consejo, uno o varios accionistas alcancen el control de la sociedad cotizada. Ello se relaciona con la incidencia en el proceder de estos administradores se debe tratar de una acción convenida, concertada, que hace que los pactantes controlen la sociedad a la que le han colocado los administradores de su paladar, en función de esa definición conjunta. Para esto no es necesario que el administrador sea un “títere”, un mero ejecutor. Los consejeros –directores– participarán desde su rol, interactuando con el grupo de control.

107. La legislación argentina, al igual que la española, no prevé con carácter general la posibilidad de tornar oponibles los pactos parasociales a la sociedad. El legislador argentino adoptó un criterio de prescindencia en la regulación de los pactos parasociales. Esta definición no responde a una percepción de ilegitimidad de dichos pactos, superada hace ya mucho tiempo en la dogmática de ese país. Existe una

definición de política legislativa que se mantiene enhiesta hasta ahora, en cuanto a no habilitar la incidencia del pacto parasocial en la normativa aplicable a la sociedad. al edictarse el Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la Ley 26994, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, no se insertó tal posibilidad.

108. Respecto a en qué tipo contractual subsumirlos, en Argentina el art.1442 del CCyCo alude a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad, a los que no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho. En el art. 1443 se establece que si las partes son más de dos, la nulidad del contrato respecto a una de las partes no produce la nulidad entre las demás y el incumplimiento de una no excusa el de las otras, excepto que la prestación de aquella que ha incumplido o respecto de la cual el contrato es nulo sea necesaria para la realización del objeto del contrato. No son solemnes, y cuando una parte trate con un tercero en nombre de todas las partes o de la organización común establecida en el contrato asociativo, las otras partes no devienen acreedoras o deudoras respecto del tercero sino de conformidad con las disposiciones sobre representación y los límites en cuanto al objeto son los de la autonomía privada (arts. 1444 a 1446).

109. Algún autor argentino ha postulado que los pactos parasociales son contratos *intuitu personae*; sin embargo, los vínculos societarios o asociativos son *intuitu personae* cuando la legislación les aplica el régimen de no transmisibilidad del conjunto de derechos y obligaciones de que son titulares los sujetos “estado de socio”. La situación se subsume en la de cesión de contrato en ese caso, esas limitaciones están asociadas usualmente en materia societaria a la responsabilidad que se asume, si la responsabilidad es solidaria e ilimitada. no existe norma alguna de la que surja el carácter infungible de las proteiformes prestaciones que un pacto parasocial en la variante convenio de sindicación pone a cargo del accionista, a la postre fallecido. De regla, todas las obligaciones asumidas en el pacto se transfieren a los herederos. Si al interior de las obligaciones que surgen del convenio de sindicación alguna refiere a cualidades personales del fallecido, esta será la que se extinguirá a la muerte del accionista y no todas las demás. En referencia a los protocolos familiares, estos no han sido configurados como tipo contractual en el CCyCo de la nación, y tampoco tienen

tipicidad de regulación.

110. Se ha producido una variación en el Derecho argentino en materia de pactos sobre sucesión futura que involucra a los pactos parasociales, pues pueden insertarse en un protocolo familiar.

111. Los protocolos familiares ingresan en la categoría convenios de sindicación, según la definición formulada en el presente, y son contratos asociativos, regulados por el art. 1442 del multicitado Código unificador del Derecho privado patrimonial en la Argentina, no habiendo solemnidad para expresar el consentimiento. Sin embargo, al insertarse la variable muerte, cuando uno de los otorgantes es el causante, corresponde abundar en qué tipo negocial es posible subsumir a esta estipulación, contenida en el protocolo familiar, para precisar si el negocio es nulo por la referencia a la validez contenida en el art. 1010 del C.C y Co en caso de vulnerarse las legítimas y profundizar en qué elemento estructural del contrato se presentaría la defección o si es válido y solo debe acudir a mecanismos legales tendientes a recomponer la legítima vulnerada, como lo ha hecho cierto sector de la doctrina argentina.

112. Si el pacto parasocial contiene este objeto, nos encontramos en un supuesto de sucesión contractual, prohibida por la Ley de 17 nivoso año II, que pasó al Código francés y los posteriores códigos decimonónicos, en la posmodernidad, tales modelos de pactos se han exhumado –*mutatis mutandi*– en los sistemas continentales, no para mantener el feudo, sino para mantener la empresa.

113. Si se celebra un pacto de sucesión futura en el Derecho argentino, este desplegará sus efectos típicos en lo atinente a este objeto –alguien dirá, bueno, pero pueden pactarse otros aspectos vinculados al manejo empresarial desde ahora– y este vulnera las legítimas, la consecuencia es la nulidad. Ante un negocio que involucra a una unidad de riqueza de cierto sujeto que conviene con sus familiares sobre ese referente material deberá este calificarse, según lo estipulado, como donación simple con o sin plazo incierto muerte, liberalidad atípica cuyo régimen se reconduce al de una donación simple y pacto de sucesión futura. Si el negocio califica en las primeras categorías, deberá aplicarse el régimen jurídico respectivo para el caso de vulneración de legítimas por liberalidades. Si en cambio se califica como un pacto sobre sucesión futura, sucesión contractual y estas son vulneradas, la consecuencia es la nulidad y la aplicación del régimen sucesorio legal. Debe tenerse en cuenta además que estos tipos contractuales pueden estar combinados. El negocio exhumado, un pacto sucesorio,

convención por la cual el causante organiza su sucesión de acuerdo con otros interesados, o estos estipulando por sí, en vida del causante, transfieren o abdican sus derechos, el referente material de este negocio es la herencia futura, el objeto, las normas creadas por el negocio. Se trata de un contrato que tiene como referente al todo o parte de una herencia futura y cuyo contenido concierne a su organización o a un aspecto de esa organización, e involucra a disposición o transferencias de derechos sucesorios eventuales o por crear reglas de distribución de herencia u otras cuestiones sucesorias. La institución contractual de heredero debe recordarse que su origen no se encuentra en el Derecho romano (contrario, en la época clásica, a todos los pactos sobre sucesión futura), sino en las leyes bárbaras, donde los pactos sucesorios servían para suplir la ausencia del testamento, que los germanos desconocían. La responsabilidad del sucesor contractual a título universal o particular se rige por las normas en materia sucesoria respecto a la responsabilidad por las deudas hereditarias. En el CCyCo se distingue al heredero universal del heredero de cuota, según lo dispuesto por el art. 2488, que configura esta variante; así se tratará de un supuesto de herederos de cuota si se indica en el contrato que el cincuenta por ciento de las acciones corresponderán a un heredero, el veinticinco a otro y el remanente a otro. Al consentir en el pacto sucesorio, el aceptante que sucederá al causante solo acepta la institución de heredero de cuota y las obligaciones que ello comportará, según lo regulado en el contrato. En cuanto al modo por el que adquieren los pactantes, es el modo sucesión y no tradición, la forma no es solemne, por así establecerlo el propio art. 1010.

114. La variante en la regulación dice relación con la situación de las legítimas. Si se pacta una compensación y un no otorgante la acepta antes del fallecimiento, el negocio se reconduce a una situación de estipulación para otro, pero ni el aceptante ni los otorgantes pueden renunciar a su legítima en vida del sujeto cuya futura sucesión se difiere contractualmente. En lo referido a la conexidad, en las sociedades personales la muerte del socio extingue el vínculo. En las sociedades colectivas y en comandita simple, es lícito pactar que la sociedad continúe con sus herederos si esto surge del contrato, deberá estarse en cuanto a quién ingresa a lo previsto en el pacto sucesorio. Si no hay estipulación en el contrato social, se presentará una situación de imposibilidad de la prestación, salvo que se modifique el contrato

social (art. 90 de la LSC argentina). Si la resistencia a modificarlo es injustificada, podrá estarse en un supuesto de daño indemnizable. Si no hay estipulación en el contrato social, se presentará una situación de imposibilidad de la prestación, salvo que se modifique el contrato social (art. 90 de la LSC argentina). Si la resistencia a modificarlo es injustificada, podrá estarse en un supuesto de daño indemnizable. En relación con las sociedades de responsabilidad limitada, si el contrato prevé la incorporación de los herederos, el pacto será obligatorio para estos y para los socios (art. 155 de la LSC argentina). Si no hay previsión en ese sentido en este tipo de sociedades, el vínculo no se extingue en tanto no hay norma específica que lo prevea, por lo que el conjunto de situaciones jurídicas correspondientes al estado de socio de que era titular el causante se transmiten a los sucesores, resultando aplicable el pacto sucesorio por el que se asigna el patrimonio relictivo vinculado a las partes sociales en la empresa familiar. Sin embargo, puede estar previsto en el contrato social la muerte del socio como plazo resolutorio, en ese caso se presentará una situación de imposibilidad de la prestación, salvo que se modifique el contrato social. Si existía una regulación de venta preceptiva a los demás socios en caso de muerte, cláusulas de preferencia, y estos ejercen la opción, los sucesores indicados en el pacto sucesorio recibirán el importe respectivo según la asignación prevista en el pacto sucesorio, o se integrarán con menor porción de capital y recibirán dicho importe. Si no se ejerce la preferencia, se incorporarán al ser declarados herederos, inscribiéndose en el registro de comercio la variante en la titularidad, lo que la torna oponible a terceros (arts. 152 y 155). Similar situación se verifica si hay una previsión en el contrato social por la que se disponga que debe recabarse la conformidad de todos los socios. Solo una vez verificada esta, operará lo dispuesto en el pacto sucesorio. En la sociedad por acciones, en lo referido a los accionistas, el conjunto de situaciones jurídicas propias del estado de socio se transmite a los herederos del causante y desplegará efectos lo dispuesto en el pacto sucesorio desde el momento de la muerte, en tanto en este se adjudicarán las respectivas acciones. Esto deberá ser declarado en el proceso sucesorio respectivo, luego se procederá a la inscripción en el registro de acciones que lleva la sociedad. De existir alguna limitación estatutaria, cabe remitirse a lo antes expuesto para las sociedades de responsabilidad limitada.

115. La Ley de Mercado de Capitales argentina 26.831, en su art. 99, literal h), establece que toda persona física o jurídica que celebre pactos o convenios de accionistas, cuyo objeto sea ejercer el derecho al voto en una sociedad cuyas acciones están admitidas a la oferta pública o en la sociedad que la controle deberá informar a la

Comisión Nacional de Valores. Dicha publicidad constituye un requisito legal de eficacia, previo a la inscripción el negocio será válido pero ineficaz. La solución es la misma de la legislación española. En cuanto al lapso no se indica en la ley, se trata de una situación de carga, imperativo del propio interés de los otorgantes. El interés de los inversores en cuanto a la información de las sociedades emisoras, se ve morigerado en el Derecho argentino, pues la Comisión Nacional de Valores establecerá las condiciones en que, a pedido de parte, por resolución fundada y por un periodo determinado, se podrá suspender la obligación de informar al público sobre ciertos hechos y antecedentes, incluido lo referido a los pactos parasociales, que no sean de conocimiento público y cuya divulgación pudiera afectar el interés social. Esa dispensa puede ser otorgada por tiempo indeterminado, cuando se trate de aspectos que a juicio de la Comisión Nacional de Valores se refieran a acuerdos que solo afecten los intereses privados de las partes. En la legislación argentina, para determinar si debe inscribirse debe precisarse si el pacto tiene como finalidad influir de tal o cual manera en la sociedad, o establecer una cierta política, lo que comporta la ponderación en cada caso por parte del que tiene la carga de inscribir y del registrador. Obsérvese el juego que surge del Derecho positivo argentino; los pactos que tienen la posibilidad de incidir en la marcha de la sociedad, en la estructura de poder o en la transmisibilidad de los valores deben inscribirse. En lo demás, respecto a los alcances de la inscripción, aun inscripto el pacto, la transmisión es válida y eficaz, constituye un evento dañante respecto de los otorgantes del pacto parasocial, el sindicado incumplidor responderá por el incumplimiento de su obligación y el adquirente responderá extracontractualmente, salvo que demuestre que no conocía lo pactado, esto será particularmente difícil si tenía las competencias en razón de su formación, pues en ese caso, o lo conocía o debía conocerlos.

116. Los sistemas brasileño y uruguayo, en lo que los vincula y diferencia de los sistemas español y argentino es, la existencia de normas que hacen aplicable a ciertas sociedades mediante un procedimiento (comunicación, inscripción en un registro público) lo editado en un pacto conexo al contrato social.

117. En Brasil, cabe detenerse en la sociedad limitada para precisar si resultan alcanzados los acuerdos entre los titulares de cuotas sociales por lo dispuesto en

el art. 118 de la ley de sociedades anónimas. En otros términos, la aplicación subsidiaria a las sociedades de responsabilidad limitada, sin dejar de reconocer lo opinable del asunto, entiendo que el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas brasileña, se aplica a los contratos parasociales en las sociedades limitadas empresariales – hemos analizado la diversas categorías de sociedades brasileñas y las dificultades que presenta el C.C al configurarlas-. Si bien el art. 118 consagra un derecho potestativo en favor de ciertos sujetos, los accionistas de una sociedad anónima, de forma que éstos, por su mera voluntad cumpliendo ciertas instancias pueden colocar en situación de obligación a la sociedad y a sujetos relacionados con ella, vg. el presidente del consejo de administración, estos sujetos se encuentran en una situación de sujeción contracara del derecho potestativo. Esta situación no debe llevar a creer que esto es óbice para que sea aplicable en una sociedad limitada, pues en tanto los socios pueden optar por la aplicación de las normas en materia de sociedades anónimas, de todas ellas, podrán, si eligen esa regulación para la sociedad limitada empresaria, generar la aplicación del artículo 118, lo que ocurriría también si hubiesen elegido el tipo social sociedad anónima en vez del tipo sociedad limitada.

118. El negocio, que en si considerado es fuente normativa, puede desempeñar, en relación con una norma legal, la función de presupuesto de hecho, los efectos que las normas superiores conectan al negocio jurídico están más allá de la voluntad negocial, tales efectos, son atribuidos al acto desde el exterior y se deben a la norma superior.

119. Para las sociedades anónimas el art. 331 de la LSA uruguaya, es una norma legal que produce ese efecto, no resultando trascendente la voluntad de la sociedad, de la que son accionistas los pactantes, de modo tal que la misma resultará obligada por puro imperativo de la ley en la medida en que se cumplan todos los requisitos establecidos en la norma

120. En el derecho brasileño, en la modificación introducida en el año 2001 al artículo 118 de la ley de sociedades anónimas por ley 10303/01, se estableció que el presidente de la asamblea o del órgano de administración, no computará el voto proferido en infracción del convenio, y para los casos de un sindicado que no comparezca a la asamblea de accionistas, o se abstenga cuando debía votar, o a similar comportamiento de quien fue designado miembro del directorio en el marco de lo explicitado en dicho acuerdo, se otorga a otro sindicado de la posibilidad jurídica de actuar por el ausente u omiso, tanto en la asamblea

como en el directorio.

121. En el derecho uruguayo en ese caso, no puede contabilizarse el voto del incumplidor, aunque, no se encuentra norma jurídica que habilite los restantes mecanismos. Apartarse de la conducta debida, termina inficionando la resolución social que se adopte con el voto del incumplidor.

122. De lo expuesto en torno al concepto de eficacia, cabe colegir que la expresión “*eficacia frente a terceros*”, contenida en la norma legal, merece una asignación de significado acorde al estadio de desarrollo del pensamiento privatista y no limitarse a afirmar que el contrato será eficaz frente a terceros.

123. Para la sociedad la situación, no se relaciona con el concepto de oponibilidad, pues la misma resulta obligada.

124. Respecto a *terceros* que *no son la sociedad o sus accionistas*, si deviene aplicable el concepto de inoponibilidad, que no usa el legislador, pero que debe inferirse de lo edictado en esos enunciados que puede transmitirse por el régimen de los títulos valores es la acción, pero no la calidad de parte contractual en el convenio de sindicación.

125. Esto no transforma al convenio de sindicación en un contrato *intuitu personae*, ni a la calidad de parte contractual en incedible, aspecto superado desde la pandectística alemana cuando se comenzó a admitir la cesión de deudas. El convenio de sindicación es un contrato, la cesión de contrato comporta la cesión de deudas y requiere la manifestación del acreedor. De tratarse de un sindicato de bloqueo, se dijo que la consecuencia ante la inscripción será la inoponibilidad de la enajenación a los co-contratantes.

126. Si se tratara de un convenio de voto que no incluyera limitación a la posibilidad de transferir las acciones, ni contuviese ningún mecanismo tendiente a que no se verificara la enajenación -*rara avis*- no es admisible la existencia de un conjunto de obligaciones *propter rem* que emanarían del convenio y colocarían al adquirente de las acciones en la situación en la que se ubicaba el anterior titular. De sostenerse que en ese caso las acciones se pueden vender, desde otra perspectiva, se somete a los restantes sindicados a tener que asumir que hubo una cesión de parte contractual y que su deudor pasó sin su consentimiento a ser otro.

127. En Uruguay el art. 28 de la LSAS, refiere al objeto de los convenios de sindicación que vuelve a mentar como de acciones, cuando debió referir a “de accionistas”, si bien alude al subtipo convenio de sindicación a través de él se puede entender referido a cualquier pacto parasocial. Explicita el legislador, al igual que en las sociedades anónimas, alguno de los posibles objetos del pacto, entre ellos, la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para negociarlas o transferirlas, el ejercicio del derecho de voto, y cierra con la mención a cualquier otro objeto lícito. De seguido establece que “serán oponibles y deberán ser acatados” por la sociedad cuando se realicen ciertos actos. El art. 28 en materia de SAS, no establece mecanismo para hacer oponible a terceros los pactos parasociales suscritos por sus accionistas. Para las SAS uruguayas, por imperativo legal se produce ese efecto para la sociedad, no resultando trascendente la voluntad de la misma, de la que son accionistas los pactantes. Acaecido el presupuesto de hecho previsto en la norma, la sociedad resultará obligada, en los términos del convenio. También lo estarán sus accionistas e integrantes de sus órganos estatutarios, en tanto, las normas emergentes del convenio ingresan al orden jurídico societario, aunque no al contrato o estatuto social. De este modo, la firma puede, estamparse en soporte papel o electrónico, y en este último caso puede ser certificada por entidad autorizada o contar con una firma electrónica simple. Respecto a la entrega, no se establece forma para la misma, por lo que podría realizarse en soporte papel, o en medio magnético lo relevante es que pueda haber fecha cierta de la entrega. de lo que se trata es de un acto, del cumplimiento de un requisito legal, para generar ciertos efectos. Se trata que, en un contrato en que no participa la sociedad –pacto parasocial- termine siendo eficaz respecto a *ella*, en ese *ella* se comprenden sus accionistas y quienes ocupan cargos en los órganos sociales. La consecuencia es que el negocio los obligue a ellos.

128. Que la sociedad pueda ser parte de este negocio es asunto largamente debatido en la dogmática del *civil law*; antes se sostuvo que puede ser otorgante. Si la sociedad es parte, el pacto parasocial será eficaz respecto de ella desde el perfeccionamiento del convenio o desde que los requisitos de eficacia se encuentren cumplidos (plazo o condición). La SAS pasa por imperio de la ley a estar obligada, el presidente de la asamblea de accionistas estará obligado a no computar el voto emitido en contravención a dicho convenio y en caso de

abstención o de ausencia del accionista, el presidente de la asamblea de accionistas votará en representación del accionista omiso o ausente en el sentido del convenio de sindicación de acciones y de la resolución debidamente depositada. Pero además asume todas las obligaciones decurrentes de tener que “acatar” el contenido del convenio una activa participación en el fiel cumplimiento del pacto depositado.

129. Respecto al plazo, los convenios de sindicación de acciones tendrán una vigencia máxima de quince años, sin perjuicio de que las partes acuerden la prórroga tácita y automática de su plazo en el sistema uruguayo, el ámbito de aplicación de la norma se circunscribe a los convenios de sindicación “de acciones” la limitación en el plazo alcanza a los celebrados por algún accionista y terceros – en sentido estricto según lo definido- en tanto el objeto del convenio refiere a los derechos emergentes de las acciones, pues en la norma que regula el plazo no se alude a sujetos de derecho, sino a bienes –acciones-. La limitación a la eficacia temporal del negocio, no se relaciona con el orden público, ni es pasible de ser extendida por analogía, está acotada a este tipo de convenios, no alcanza a los celebrados en otros tipos sociales. El art. 18 del Código Civil uruguayo indica el sistema de significación (código) a utilizarse para interpretar las leyes y el art.17 la estructura básica del método de interpretación. En la norma en examen, el legislador no valora la conducta, solo niega en atención a los accionistas considerados en sí mismos la posibilidad a estos de que se obliguen por un tiempo superior. La limitación en cuanto al plazo, se dirige a la potencialidad del sujeto para crear la norma negocial, por lo que desde la perspectiva del sujeto el mismo esta privado mediante su voluntad de obtener la finalidad querida, la alusión en la norma a la posibilidad de pactar prórrogas aún automáticas confirma la asignación de significado que viene de efectuarse. De haberse pactado esto, debe tenerse en cuenta que si se hubiera cumplido con lo necesario para que el convenio surtiera efectos para la sociedad y fuera oponible a terceros y se pretende proseguir con las mismas consecuencias, habiéndose extinguido el contrato original, deberá para el nuevo convenio surgido de forma tácita y automática, cumplirse las mismas instancias, pues el contrato original se ha extinguido. Ha surgido otro convenio como consecuencia de la “tácita reconducción”, que puede pactarse en ejercicio de

la autonomía privada adjudicando valor al silencio para la celebración de un nuevo convenio, en tanto el anterior cesó en su eficacia por haberse cumplido el plazo legal.

130. Respecto a las garantías para el cumplimiento, importan en términos aritméticos sumar, se trata de la ubicación del acreedor, en este caso los recíprocamente acreedores, los sindicatos, de nuevas situaciones jurídicas, de modo tal que se ve reforzada la posibilidad de satisfacción de su crédito.

131. La cláusula penal se analizó en los cuatro regímenes de derecho positivo, su variante más usual abonar una suma de dinero, pero podría establecerse que debe entregarse otro bien, vg. las acciones del incumplidor. Esto comporta el siguiente supuesto, se produce la inejecución de la prestación y los acreedores –los restantes sindicatos- son titulares de un crédito, pues la pena consiste en ciertos bienes muebles vg. acciones, si el deudor no abona la pena deberán acudir a la justicia a solicitar se lo condene a cumplir con la obligación accesoria emergente de la cláusula penal, en el caso vg. a transferir las acciones a prorrata de la participación de los restantes sindicatos y en ese caso serán de aplicación las normas en materia de cláusula penal, tal como si la prestación a cargo del incumplidor emergente de la cláusula penal consistiera en abonar una suma de dinero. Esta situación es diversa de otras, que pueden preverse para excluir el incumplimiento, vg. las opciones de compra recíprocas, que no requieren la intervención de la justicia dependiendo de la forma en que se hubiesen instrumentado o en los ordenamientos analizados en el presente -salvo el español que no lo tiene regulado- un fideicomiso en garantía con instrucciones para el fiduciario en caso de exigibilidad no seguida de cumplimiento. En una cláusula penal, la situación es de obligación y no de derecho real y en lo referido al monto depende de la autonomía privada sin perjuicio de la posibilidad de morigerarse por parte del juez conferida en algunos ordenamientos y si en cambio se trata de un negocio de opción la referencia deberá buscarse en los negocios abdicativos, en las situaciones de sujeción y en el derecho potestativo conferido a un sujeto, situación diversa a la de derecho real.

132. Se han descrito las diversas regulaciones de la cláusula penal en los cuatro sistemas jurídicos analizados, la intervención judicial es muy fuerte en los sistemas brasileño y argentino para moderar la pena. En los sistemas uruguayo y español, en caso de cumplimiento parcial, la moderación de la pena se realizará

incluso de oficio a tenor de los arts. 1370 y 1154 de los CC, respectivamente. Esta orientación, desde nuestro punto de vista, coincidente con parte de la doctrina, no es aceptable. Además de ciertos inconvenientes que pueden acarrear como son, por ejemplo, los producidos por el binomio discrecionalidad-litigiosidad, la inseguridad jurídica, etc., en relación con lo que interesa ahora, preocupa la pérdida en parte de la función coercitiva de la cláusula penal, y ello porque si el deudor, sabe que la pena puede ser moderada, ese efecto coercitivo puede ser disminuido. Igualmente la inmediatez y eficacia en la exigibilidad de la pena contenida en la cláusula penal también pueden ser mermadas. Esta moderación de la pena resulta, en algunos casos, de difícil aplicación en los pactos parasociales, ya que, por la forma de redacción de los mismos, y por el tipo de obligaciones a las que hace referencia normalmente la cláusula penal, resulta difícil un incumplimiento parcial. La cláusula penal, por si sola, no es un mecanismo jurídico suficiente para la satisfacción del interés del acreedor; ante un incumplimiento del deudor, lo que pretenderán los demás sindicados, es que la pena se haga efectiva de forma inmediata, por lo que si se establece que el incumplidor debería pagar al acreedor una cantidad dineraria o transferir acciones o participaciones sociales deberá transitarse un proceso judicial a efectos de la obtención del pago o de la entrega, lo que lo torna ineficiente.

133. A fin de prevenir el incumplimiento es de estilo pactar un depósito en garantía de las acciones cuando estas pueden calificarse como títulos valores. Las obligaciones que surgen del convenio de sindicación, se garantizan mediante la entrega de esos bienes muebles, con instrucciones para que quien lo recibe lo devuelva a quien se lo entregó o lo entregue al beneficiario de la garantía si se verifica cierto hecho. Esto se ha referido con el contrato socialmente típico y cuya tipicidad de configuración y consecuente regulación ha merecido análisis, denominado *escrow*, que presenta aristas del depósito, del mandato o comisión, o hasta de un negocio fiduciario. El *escrow*, es un contrato con tipicidad social, ligado a una relación principal, basado en la confianza que las partes del contrato del que surge esta última tienen a un tercero al que le confían los bienes, vg. acciones, que tiene una función de garantía, pues el acreedor podrá fácilmente obtener satisfacción a su interés, se trata de un negocio con tres intervinientes y dos partes, los

depositantes, acreedor y deudor y el depositario, un negocio conexo con el principal, con finalidad asegurativa. A diferencia de otras garantías oriundas del derecho angloamericano, como por ejemplo el *trust*, el depositario no recibe la propiedad sino la mera tenencia de los bienes, a los que deberá dar el destino indicado en el contrato, en el que se obligó para con ambos sujetos, acreedor y deudor a guardar los activos, a lo que, puede adicionarse, de forma combinada cierta actividad, vg. votar en la asamblea –junta- de accionistas por ellos y darle el destino acordado por las partes, en los plazos pactados y según se verifiquen ciertas vicisitudes que se deben prever en el negocio, de forma detallada para evitar inseguridades especialmente no deseadas cuando se procura la creación de una garantía de este tipo. La celebración de un *escrow* o de un depósito en garantía, supone un soporte material de las acciones. Sobre la causa de dicho contrato en los sistemas español, argentino y uruguayo –causados- deberá estarse a lo concretamente regulado, rechazándose la existencia de una causa genérica como se ha postulado por parte de la doctrina para la cesión de créditos.

134. De pactarse una opción, el beneficiario de la opción la ejercerá y la transferencia operará y será el afectado quien eventualmente podría ingresar a debatir sobre la causa del negocio y si se trata de una compraventa sin causa de cambio. Respecto a la tradición, alcanzará con la ficta ubicándose el cesionario en el mismo lugar, grado y prelación que el cedente – que es el incumplidor del pacto-, notificándose luego al deudor cedido, en el caso la sociedad, esta podrá entregar los títulos al nuevo titular o deberá emitirlos a su nombre. El beneficiario de la opción la ejercerá y la transferencia operará y será el afectado quien eventualmente podría ingresar a debatir sobre la causa del negocio y si se trata de una compraventa sin causa de cambio. Respecto a la tradición, alcanzará con la ficta ubicándose el cesionario en el mismo lugar, grado y prelación que el cedente – que es el incumplidor del pacto-, notificándose luego al deudor cedido, en el caso la sociedad, esta podrá entregar los títulos al nuevo titular o deberá emitirlos a su nombre. A la opción deberá agregarse, una garantía, para evitar que se disponga de los derechos a despecho de la opción conferida, o se pretenda esto. En ese caso para determinar si hay un simple incumplimiento de una obligación de no hacer o la imposibilidad de hacer tradición, debe precisarse si el negocio de opción, es un contrato, que genera la obligación de no celebrar contratos con terceros o se trata de una convención con contenido abdicativo. La misma finalidad, podría instrumentarse de forma más

certera, mediante la celebración de un fideicomiso en garantía, sin embargo, muchas veces no se opta por esta figura pues debe inscribirse y tiene otros costos asociados.

135. En el fideicomiso en garantía, el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de obligaciones a cargo del propio fiduciante o de un tercero, designando como beneficiario a su acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada. Podría pactarse un fideicomiso en garantía con instrucciones para el fiduciario en caso de exigibilidad no seguida de cumplimiento, por ejemplo venda las acciones y entregue el producido a los beneficiarios. Sin embargo para un sector de la dogmática, aun en ese caso, de mediar conflicto, entre el acreedor y el deudor, la garantía no podría ejecutarse sin que actúe un tercero que resuelva el conflicto intersubjetivo de intereses, juez o árbitro, perdiéndose así la pretendida sencillez del procedimiento, pues únicamente la justicia ordinaria o arbitral para determinar si hubo incumplimiento imputable.

136. Respecto del referente material de los negocios, las acciones, o las partes sociales, en Uruguay las acciones se dividen en tres categorías, las *nominativas*, que se representan en títulos y cuyo titular es quien figura en el documento como tal, las que pueden ser transmisibles por endoso o por cesión de créditos; las acciones al *portador*, en las que el poseedor está investido de la titularidad, lo que se vio desnaturalizado de forma tal que la categoría acciones al portador ha quedado reducida al nombre, en tanto, el 1 de agosto de 2012 entró en vigencia la Ley 18.930, que estableció un sistema de registro de titulares de acciones al portador ante Banco Central del Uruguay, a fin de adecuar el derecho positivo uruguayo a los estándares internacionales en materia de transparencia fiscal. En el derecho argentino, conforme al art. 208 LSC, los títulos pueden representar una o más acciones y ser al portador o nominativos; en este último caso, endosables o no, las sociedades autorizadas a la oferta pública podrán emitir certificados globales de sus acciones integradas, para su inscripción en regímenes de depósito colectivo. Mientras las acciones no estén integradas totalmente, solo pueden emitirse certificados provisionales nominativos. Una vez cumplida la

integración, la sociedad debe proceder a la inscripción en las cuentas de las acciones escriturales o a la entrega de los títulos definitivos, nominativos o al portador. Mientras esto no ocurra el certificado provisorio será considerado definitivo, negociable y divisible. Las acciones escriturales se documentan en registros en cuenta que lleva la sociedad o entidades autorizadas. Sin embargo, la ley 23.299 del 11 de agosto de 1985, en la redacción dada por ley 24.587 promulgada el 21 de noviembre de 1995 y reglamentada por el Dto. 259/96, estableció la nominatividad de los títulos valores privados, y así se dispuso que los títulos valores privados emitidos en el país y los certificados provisionales que los representen deben ser nominativos no endosables, aunque podrán emitirse acciones escriturales conforme a las prescripciones de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 y sus modificaciones. De esta forma las acciones pasaron a ser nominativas o escriturales. Adicionalmente, se previó que la transmisión de los títulos valores privados, en ese sentido, los derechos reales que recaigan sobre los mismos deben constar en el título -si existe- e inscribirse en el registro que debe llevarse a esos fines y notificarse al emisor, estableciendo la eficacia frente a la sociedad y a los terceros desde la fecha de la inscripción. En Brasil las acciones necesariamente deben ser nominativas o escriturales, conforme la redacción vigente del artículo 20 de la LSA, dada por la ley 8021/1990. En España se prevé la existencia de acciones al portador la que en principio (art. 121 de la LSC) se transmitirán la tradición del documento, art. 545 del Código de Comercio; sin embargo, la Ley 24/1988, de Mercado de Valores dispuso que “la suscripción o transmisión de valores solo requerirá para su validez la intervención de fedatario público cuando, no estando admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, están representados mediante títulos al portador y dicha suscripción o transmisión no se efectúe con la participación o mediación de una sociedad o agencia de valores, o de una entidad de crédito” por lo que, la intervención del fedatario público se hace necesaria a los efectos del otorgamiento de la tradición, modo, que pasa a ser solemne, no así del título. Similar forma corresponde para la transmisión de las participaciones sociales (art. 106.1 LSC). Respecto a las acciones nominativas no es necesaria la intervención de fedatario público cuando se cumplan los requisitos de la disposición adicional 3° de la LMV española. En caso de incumplimiento en la tradición, si hubo endoso el juez condenará a entregar los títulos, si no lo hay se debería solicitar al juez que se haga entrega de los títulos, pudiendo el juez sustituir la voluntad del endosante. Si la

forma de representación es a través de acciones escriturales “anotación en cuenta” requiere la celebración del negocio obligacional, en el caso la aceptación por el optante, y, la inscripción de la transmisión en el registro presente documento público o documento expedido por una sociedad o agencia de valores acreditativo del acto o contrato traslativo. En efecto, el art. 50 del Real Decreto 116/1992, de 14 de febrero de 1992, sobre representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles establece *que las inscripciones derivadas de la transmisión de valores se practicarán por las Entidades encargadas, en cuanto se presente documento público o documento expedido por una Sociedad o Agencia de Valores acreditativo del acto o contrato traslativo.*

137. Se analizó el régimen y la dogmática sobre garantías a primera demanda para los cuatro sistemas jurídicos, de pactarse, para los convenios de sindicación, los sindicatos beneficiarios tendrán derecho a requerir al garante, que usualmente se dedica profesionalmente a esto – entidad bancaria- el pago de una prestación idéntica a la del deudor en caso de consistir aquella en el pago de una suma de dinero, o en el pago de una indemnización, sin que éste pueda alegar excepción alguna relacionada con el pacto parasocial, salvo la relacionada a la mala fe o dolo del beneficiario. En el convenio de sindicación una característica es la duración, muchas veces por lustros, en esos casos estas garantías pueden no ser apropiadas por sus costes, pues el garante profesional podrá cobrar al ordenante una comisión periódica por el servicio que presta. En cambio, la garantía puede ser óptima si el pacto parasocial aun en la variante convenio de sindicación se verifica por un lapso acotado. Ante ello puede pactarse por hitos, la necesidad de obtención, pero en ese caso la obligación asumida de regla comportará desplegar la diligencia media para obtener la garantía, salvo que se haya asumido a de forma objetiva la responsabilidad de conseguir un garante profesional en esos términos. Si actuando con la diligencia apropiada no lo consigue deberá haberse previsto en ese caso una garantía alternativa. Pudo haberse obligado a nivel de resultado- obtenerla- pero en ese caso la consecuencia puede resultar asaz gravosa.

138. En relación a la prenda, pactada esta garantía, si hay incumplimiento, se realiza la garantía, esto comporta la pérdida de la condición de

socio. No escapa a la ordinaria experiencia que si se trata de una sociedad cotizada la ejecución será eficiente, en cambio si se trata de otro tipo social, la realización de la garantía para la obtención de un valor dinerario no es lo más eficiente, sino que puede constituirse en útil si los que compran las acciones al momento de la enajenación forzada son los otros accionistas, que serán los interesados en hacerlo, en ese sentido puede establecerse la obligación de adquirir a prorrata de las respectivas participaciones de modo de garantizar equilibrios políticos, o la cesión de los futuros derechos de mejor postor. La falta de un mercado, de este modo, no dificulta el pacto de esta garantía. se ha relacionado esta posibilidad con la prohibición de pacto comisorio en las garantías reales, de larga tradición en el derecho continental cabe descartar una situación que no es de pacto comisorio, aunque ha merecido estudio en esa sede, si luego de vencida la obligación, se acuerda que se abonará la deuda con el bien antes dado en prenda, la situación se reconduce a una paga por entrega de bienes, de la obligación incumplida y de la indemnización de los daños moratorios, o en su caso de la indemnización debida. Este pacto no se celebra al momento del perfeccionamiento, ni durante la pendencia del plazo, sino luego del vencimiento de la obligación, el deudor prefiere pagar con el bien, antes dado en garantía que era de su propiedad *pacto marciano*, consistente en el acuerdo alcanzado entre el acreedor y el deudor, por el cual, llegado el vencimiento, si éste no pagara el acreedor adquirirá la propiedad de la cosa previa justa estimación, abonando al deudor el excedente si lo hubiera. En el derecho español, esta posibilidad ha sido admitida con resistencias se abre paso en la evolución de los sistemas de garantía y siendo la verdadera ratio de la cláusula comisorio el aprovechamiento que el acreedor lleva a cabo sobre el deudor que somete bienes en garantía con un valor económico superior a la suma de la deuda pendiente, tal resultado disvalioso queda excluido en esquemas negociales que como el pacto marciano excluye la ilicitud al imposibilitar el abuso mediante un procedimiento que asegure la presencia de una valoración imparcial. De esta forma el acreedor podrá obtener la propiedad de la cosa objeto de prenda, devolviendo el acreedor al deudor el exceso resultante, de esta forma no se expolia al deudor y se preservan los intereses de los terceros acreedores. La utilización de esta garantía puede tener un efecto persuasivo cuando se trata de una obligación dineraria o se ha tarifado el daño a través del pacto de una cláusula penal, o se ha tarifado dicho daño y se ha agregado una cláusula penal con función punitiva, es útil como mecanismo

para el cobro de una suma de dinero, líquida y exigible. Sin embargo, cuando se trata de indemnizar un daño que no está determinado, necesariamente debe transitarse por la determinación del daño, el monto de la obligación indemnizatoria para luego poder ejecutar la prenda. De allí la trascendencia del pacto de mecanismos alternativos de resolución de controversias, de lo contrario la garantía en ese caso no es eficiente. En el caso de prenda sobre cuotas sociales de sociedades de responsabilidad limitada o cooperativas, se adicionan las dificultades propias para la realización de las mismas en el respectivo régimen jurídico.

139. Las prestaciones accesorias, pueden caracterizarse como obligaciones eventuales de los socios ante la sociedad, en tanto no están impuestas en la estructura del tipo social por la ley, sino que se asumen en el contrato social, en los sistemas que las regulan, se fija un régimen jurídico diverso para las mismas, respecto a otro tipo de obligaciones de tipo patrimonial que asume el socio respecto a la sociedad, como por ejemplo la de aportar capital. Se aprecia en este ámbito, la diferencia entre el régimen español y el argentino y uruguayo, mientras que en el primero (art. 89 inc. final LSC), puede establecerse en el contrato social que el incumplimiento de cualquier prestación accesorial podrá dar mérito a la exclusión, en estos últimos no es concebible. En España, respecto al nivel de detalle en cuanto al contenido de la prestación accesorial, que debe incorporarse en el Estatuto o Contrato Social, se ha dicho que la publicidad de los mismos que no se cumple si se encuentra fuera del registro el contenido de la prestación, siendo la prestación accesorial parte del estatuto debe ser calificada por el registrador, esta línea argumental no aplica para el caso de los protocolos familiares pasibles de inscripción en el sistema español pues la publicidad del protocolo familiar permite el conocimiento del contenido de la prestación accesorial por remisión, su determinabilidad. La puntuación diversa en el derecho argentino y en el uruguayo de los respectivos artículos que regulan las prestaciones accesorias, dan lugar a asignaciones de significado diferente, en efecto en el derecho uruguayo los argumentos de la dogmática española respecto a la precisión y determinación se desdibujan si se considera que se requiere conforme dispone el art. 143 de la LSC uruguay que esté determinada, “su naturaleza”, si bien la mención a la “naturaleza

jurídica”, es un resabio del pensamiento de la Escuela Histórica, que ha perdurado aun hoy en la teoría jurídica y lo que se busca en ciencia jurídica, no está en la naturaleza, no es de esencia, sino que emana de convenciones del lenguaje, lo que debe describirse es el tipo de prestación, así este extremo podría cumplirse, sin que sea necesario detallar todo el contenido alcanzaría por ejemplo con indicar que se ha convenido respecto a la forma de comercializar las acciones, a la forma de gestionar los negocios sociales y al voto en asambleas. En cambio en el derecho argentino militan los mismos argumentos que en el derecho español, en efecto conforme el texto del artículo 50 LSC argentina se indica que “Estas prestaciones no integran el capital y”, “tienen que resultar del contrato;” luego de indicarse que tienen que resultar del contrato, se agrega que “se precisará su contenido”.

140. Respecto al otorgamiento de poderes irrevocables para asegurar el cumplimiento, el poder puede ser irrevocable en dos escenarios, una circunstancia refiere a la hipótesis de mandato dado en beneficio del mandatario o de un tercero, si en ese caso se brinda con poder puede pactarse la irrevocabilidad. Así si uno de los sindicados es el mandatario, el mandato se da también en interés del mandatario, pero también de terceros, pues si hay más de dos sindicados, los restantes sindicados que también serán mandatarios, son terceros respecto a los respectivos poderes que individualmente cada sindicado brinda en cumplimiento del convenio de sindicación. Otra disquisición refiere a los efectos del intento de revocar el mandato o el poder otorgado, con dos posibles conclusiones. Una consiste en que aunque se exprese la voluntad de cesar el mandato y el poder a despecho de lo pactado, la voluntad no está secundada por el ordenamiento. Desde esta perspectiva el mandato puede tener por objeto “el interés común del mandante y mandatario” y cuando el mandante otorga mandatos que no son de su exclusivo interés, ve limitada su facultad de revocar por la existencia de relaciones jurídicas subyacentes entre el mandante y el mandatario o terceros, que conforman un sistema. El mandato, en ese caso es irrevocable, ya que no depende de la sola voluntad del mandante dejarlo sin efecto. El poder es irrevocable si se celebró sobre el fundamento de una relación básica que excluye la revocabilidad. Existe la posibilidad de pactar en varios sistemas jurídicos, la irrevocabilidad expresamente, en caso que el poder se vincule a otro contrato que tiene plazo pactado, o si el representante no gestiona solo intereses del mandante, sino también intereses propios, y el poder se presenta como instrumento para ello. Respecto al poder resulta admisible la irrevocabilidad del poder, porque

salvo que fuere irrenunciable, lo que descartamos, el derecho de revocación admite renuncia. También es admisible la estipulación convencional de la irrevocabilidad del poder en un mandato con plazo, si así se pactara aunque no acceda a otro negocio, quien incumple con la obligación de no hacer asumida debe los daños. En la Argentina, el art. 380, lit. c), del CCyCo de la nación establece que el poder se extingue por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo, que puede ser solamente del representante, o de un tercero, o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa. En el Derecho brasileño, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 683 del CC cuando el mandato tuviera una cláusula de irrevocabilidad se configura como una obligación de no hacer que hace que ante el incumplimiento el mandante deba resarcir los daños —“pagará perdas e danos”—sin embargo, edicta que no es revocable el mandato que contenga poder para dar cumplimiento o ratificar negocios iniciados a los que se halle vinculado.

141. Hemos señalado que el convenio de sindicación no encarta en la categoría sociedad civil o sociedad interna al decir de la dogmática española. Que se trata de otro tipo contractual al que son aplicables en subsidio las normas de la sociedad civil cabe analizar ahora si, en caso de fallecimiento de uno de los miembros, aplica lo dispuesto en el art. 1.704 CC español o 1928 del código civil uruguayo, que establecen que se disuelve la sociedad por la muerte de cualquiera de los socios salvo que por ley o pacto especial haya de continuar entre los socios sobrevivientes con los herederos del difunto. No existe norma alguna de la que surja el carácter infungible de las proteiformes prestaciones que un pacto parasocial en la variante convenio de sindicación pone a cargo del accionista, a la postre fallecido. En la sociedad civil el carácter *intuitu personae* deriva de la responsabilidad ilimitada y de las especiales características personales de alguien con quien otro se asocia en ese régimen, en derecho español las sociedades internas, carecen de personería jurídica, y en el uruguayo las sociedades civiles. Si se sostiene que un

convenio de sindicación se subsume en tal tipo contractual se abre el debate respecto a si la sociedad creada deja de ser secreta en los casos de inscripción de dichos convenios de sindicación; si en cambio, como postulamos en el presente, se entiende que el convenio de sindicación es otro tipo contractual al que resultan aplicables en subsidio las normas sobre sociedad civil tal cuestión no es admisible. En el marco de la aplicación en subsidio de las normas en materia de sociedad civil la modificación del contrato requiere unanimidad, pero es admisible un pacto en contrario, estableciendo mayorías para la modificación al igual que ocurre para la adopción de ciertas decisiones. Sin embargo la situación se aparta de lo admisible si se deja la modificación al arbitrio de uno solo de los contratantes (art. 1256 del CC español, art. 1253 del CC uruguayo).

142. En España y Argentina, siempre y cuando sea uno de los pactos regulados en las leyes de sociedades de capital analizadas en el capítulo sexto, podría sostenerse que la salida a Bolsa de la sociedad, implicará un supuesto de incidencia del principal sobre lo accesorio, por cuanto, a partir de ese dato, hasta que no se concrete el registro, la eficacia va a verse suspendida. El convenio de sindicación cesará en su eficacia, por el vencimiento del plazo, el contractual o en su caso el legal por ejemplo para las sociedades anónimas en el ámbito de aplicación del artículo 331 de la LS uruguaya; por el acaecimiento de condición resolutoria si esta se hubiera pactado por manifestación unilateral de voluntad de uno de los sindicatos, con las siguientes variantes: (a) el ejercicio de por parte de los sindicatos de la facultad de denuncia que puede acontecer, cuando el sindicato se constituyó sin plazo sin generar la consecuencia de disolución del sindicato si este puede seguir existiendo, por ejemplo no queda reducido a un solo sindicato. (b) Cuando el sindicato insta la disolución anticipada por justo motivo de conformidad por circunstancia grave, no cualquier dificultad habilita esta posibilidad. También puede disolverse por el consentimiento de todos los sindicatos, como cualquier contrato o por la reunión en una sola persona de todas las partes sociales o acciones de que eran titulares los componentes personales del pacto, en estos casos las obligaciones se extinguen por confusión. Finalmente por la extinción de la sociedad referente del convenio de sindicación, en mérito a la conexidad contractual explicitada, dado que la desaparición de la misma, deja sin asunto al pacto, en tanto lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

143. La prevención y el resarcimiento del daño se encuentran

regulados por un conjunto de normas que puede convenirse en denominar “Derecho de daños”, con dos subsistemas, “de prevención del daño” y “de responsabilidad civil” que involucran la prevención y el resarcimiento del daño, respectivamente. La no ejecución o ejecución defectuosa de la prestación por el deudor, genera una lesión en la esfera jurídica del acreedor, el sistema normativo prevé un conjunto de medidas, para la distribución del riesgo de insatisfacción del interés del acreedor por el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, lo que se realiza mediante un sistema articulado de remedios o medios de tutela. Todos ellos con una función reparatoria en sentido amplio de modo tal que con la designación “responsabilidad contractual” se alude al conjunto de todos esos remedios. En lo que interesa a este tipo contractual, algunos tienen por finalidad la obtención de la misma prestación debida, tal es el caso de la pretensión de cumplimiento específico y pretensión de reparación o sustitución de la prestación. Otro tiene por función específica la indemnización de los daños padecidos por el acreedor en forma autónoma – lo que en la teoría de la *perpetuatio obligationis* se denominaba ejecución por equivalente - o conjunta con otro remedio. Otros la pretensión de indemnización de daños moratorios, junto con el cumplimiento o reparación de la prestación, o la remoción de lo hecho contra derecho. Y otros comportan la pretensión de indemnización por daños en la resolución del contrato o salida del incumplidor del mismo. De esta forma los remedios pueden tender al cumplimiento, a la indemnización de los daños, a la desvinculación con el incumplidor y en su caso a la reducción de la prestación a cargo de aquel a quien se le faltó.

144. Respecto a la posibilidad de obtener el cumplimiento específico de un pacto parasocial, se ha debatido en el *civil law*, en los casos en que el pacto parasocial no resulta eficaz para la sociedad, pues en los sistemas que como el brasileño o el uruguayo admiten para ciertos tipos sociales y ciertas materias la eficacia si se cumplieron los ritualismos necesarios, el tema objeto de debate no se presenta.

145. A su vez en los sistemas donde esto no está previsto o para los casos en que no se ha obtenido la eficacia respecto a la sociedad en los sistemas donde sí lo está, la situación de discordia, tampoco se presenta para los pactos de

contenido patrimonial, los que no refieren a actuación de los socios en los órganos sociales.

146. La polémica se ha suscitado para los convenios referidos a comportamientos exigibles en los órganos sociales y al impacto que tiene su incumplimiento en la sociedad, si es que alguno tiene.

147. Es posible solicitar la ejecución forzada en el supuesto en que el socio, o director, incumple la obligación de votar en determinado sentido, o si no alcanzándose el quórum estipulado, o la mayoría especial en un relevamiento primario de voluntades vota igualmente de forma tal que invocando las normas legales o contractuales pueda darse por aprobada la resolución –acuerdo-es posible hacerlo, en el sistema brasileño de modo prístino, a nuestro juicio y con muchas dificultades en los restantes sistemas, lo que puede tornar ineficiente esta alternativa, lo que surge de dichas convenciones son obligaciones, por ello son contratos, pues aun para quienes no admiten la ejecución forzada, en caso de no desarrollarse la conducta debida, se sigue una respuesta coactiva desfavorable del ordenamiento.

148. Lo que se ha sido cuestionado en el *civil law*, es la posibilidad de ejecución forzada. Un primer argumento, de los sostenedores de la imposibilidad de ejecución forzada, sitúa expresar la voluntad, como un comportamiento infungible. Sobre la supuesta infungibilidad del hacer consistente en una expresión de voluntad, el querer en sí mismo no tiene nada de infungible, si Juan no quiere decir lo que debe decir Pedro puede hacerlo por él, ya el instituto de la representación permite la fungibilidad de la expresión de la voluntad. En la infungibilidad pesan las condiciones personales insustituibles del deudor, una voluntad exteriorizada por el representante en cambio vale como si fuera expresada por el representado, que es eso, sino fungibilidad. A esto podía replicarse, cómo si no quiere el representado puede querer por él el representante, pero ¿tiene algún peso jurídico la voluntad del que se resiste a cumplir con sus compromisos? No debe confundirse la incoercibilidad física con la sustituibilidad jurídica; de modo que es posible la ejecución *in natura* de las obligaciones que tienen por objeto una declaración de la voluntad instando al obligado a emitirla y, en caso de que se niegue a hacerlo, sustituyendo coactivamente su voluntad por la propia resolución judicial, históricamente reconocido por la jurisprudencia aún sin texto expreso y recogido contemporáneamente en España en el art. 708 LEC. También para cuestionar la admisibilidad de la ejecución forzada de la obligación de votar en cierto sentido, se

ha señalado que en un proceso donde uno o más sindicatos demandan la ejecución forzada de lo que debió votar el otro, la sociedad no es parte y la cosa juzgada se extendería indebidamente a la sociedad, que no es parte del pacto – entendemos que puede serlo –. Verificada la existencia y validez del pacto, éste forma una regla que obliga a las partes como la ley misma. Así quien esté interesado en su cumplimiento, contará con todos los mecanismos previstos por el sistema jurídico para la defensa y protección de sus intereses. Que los pactos parasociales estén ligados funcionalmente a la sociedad a que se refieren y por tanto, le afecten indirectamente, no permite parapetar el incumplimiento o pretextar límites a fin de obtener las prestaciones debidas. Ante la afirmación consistente en que, de dictarse una sentencia que dispusiera la ejecución en natura, la misma extendería indebidamente los efectos de la cosa juzgada pues alcanzaría a la sociedad y a los restantes socios; cabe replicar que la ejecución forzosa, no refiere a una conducta que deba desplegar la sociedad a través de sus órganos, ni tampoco la misma es la interesada en el cumplimiento de la prestación. Los acreedores, son los restantes sindicatos perjudicados, la sociedad, en este litigio, es un tercero, al que no afecta la cosa juzgada. También en línea negativa a la ejecución in natura podría sostenerse, que disponer por el magistrado que el contenido del voto que se impetra se efectivice, puede contravenir otras normas legales, o ingresadas al sistema por el contrato o estatuto social, al respecto, cabe señalar que el juez, debe efectuar un contralor del derecho aplicable antes de fallar, por lo que tal argumento tampoco es de recibo. Sin embargo, en lo referido a los aspectos procesales, si algún interés de la sociedad o de los restantes socios se viera afectado, cualquiera de estos terceros puede ingresar al proceso, en el marco de las normas procesales que admiten la participación de terceros interesados en el litigio. Pero por otro lado, el juez “iura novit curia” deberá contrastar la adecuación a Derecho de lo que se le impetra, a todo el Derecho que incumbe a la situación jurídica, considerando que la misma se soporta en un contrato accesorio, deberá tener presente lo edictado en el principal, en la ley de sociedades, en el código civil, en definitiva en el sistema jurídico de referencia.

149. En caso de ejecución forzada el juez se limita a proferir la

voluntad del incumplidor, los efectos del voto así emitido, se sitúan en una etapa posterior, es un voto más, el que surge de la sentencia, sometido a las mismas normas que los restantes, por lo que, si ese voto terminara incidiendo de manera de arribarse a una decisión cuestionable, por razones de legalidad o por repugnar al “interés social”, la decisión del órgano deberá impugnarse por las vías previstas para ello. El incumplidor en el proceso a promoverse ante su incumplimiento, podrá invocar las causas de justificación que entienda necesarias para enervar su responsabilidad, así cuando el sindicato haya decidido votar contrariando normas imperativas, o en forma contraria a la moral o a las buenas costumbres, o de forma contraria al estatuto o contrato social, existe una causa de justificación por parte del incumplidor. También se ha planteado, que podría invocar como causa de justificación el interés social, sin embargo, esta justificación no nos parece aceptable si el sindicato es omnilateral. Ante una declaración de voluntad omisa o desconforme cabe la corrección, los medios ejecutivos apropiados para la obtención del resultado pretendido por el ejecutante, *no tener por emitido ese voto y en su lugar a todos los efectos deberá asumirse que el incumplidor votó en la forma que indica la sentencia que no será otra que aquella en que debía hacerlo y esa resolución deberá comunicarse a la sociedad.* De esta forma, una orden judicial podrá suplir la voluntad emitida, y traer los efectos del voto en los términos diseñados en el acuerdo y antijurídicamente rechazados en la reunión, en la asamblea general o en el directorio o consejo de administración. Todas esas obligaciones de hacer o no hacer, de manifestar la voluntad jurídica, de un cierto modo están sujetas a la ejecución judicial si son incumplidas. *Sustituido el voto por el que surge de la resolución judicial y comunicada esta a la sociedad, la misma deberá tener en cuenta este aspecto, para formular las rectificaciones correspondientes.* En las obligaciones de hacer y no hacer incumplidas, la pretensión de cumplimiento satisface el interés del acreedor por la obtención de una situación materialmente equivalente a la que existiría si el deudor hubiera cumplido. Así se dejará sin efecto como consecuencia de desconsiderar el voto emitido de forma ilícita y asumir el que correspondía, esto surge del juego de todas las normas del sistema, sin rémora de apreciar las normas jurídicas o los sistemas normativos más que como eso, sin pretender darles otra visión de entidad diversa que la de una estructura normativa.

150. En una visión contractualista, cabe abundar indicando que si el

voto proferido contra lo establecido en el pacto parasocial pasa a ser el supuesto de hecho para la aplicación de la norma sancionatoria, el derecho no secunda ese comportamiento. Por ello el voto no puede constituir un supuesto de hecho para la aplicación de una norma atributiva de competencia, solo estaremos ante una conducta reconducible al incumplimiento. La sociedad es el ámbito en que se debe desarrollar el comportamiento debido, si la sociedad en la persona de sus representantes legales fue notificada de la existencia del pacto será un tercero que si facilita el incumplimiento actuará en desmedro de un derecho de crédito, si es parte del pacto, lo incumplirá, lo mismo ocurrirá si los efectos del pacto han alcanzado a la sociedad como consecuencia del cumplimiento de las formas previstas en los respectivos ordenamientos para que esto ocurra en ciertos tipos sociales.

151. Si el obligado no actúa como debe, el acreedor cuenta con todos los remedios que proporciona el ordenamiento, y no debe escandalizar el impacto en el ámbito social que esto ostenta. La manifestación de voluntad en un órgano social no es recepticia, no va dirigida a la sociedad, por lo que no es un aspecto que deba ser considerado en la situación planteada. La resolución, resulta del concurso de varias declaraciones de voluntad -votos-, emitidas de acuerdo con el procedimiento establecido para ello, son declaraciones idénticas que concurren a su formación, que son formuladas por sujetos autónomos, la sentencia que hace lugar a la ejecución forzada deberá sustituir la declaración de voto del incumplidor, o según el ordenamiento de que se trató, se podrá designar a quien cumpla por él si la prestación comprometida es la emisión del voto en un sentido determinado, o determinable por el sindicato que el deudor integra. El límite estará dado por los derechos de los terceros, otros socios, no vinculados al pacto, (vg. se voto la distribución de utilidades y surgió en cabeza de los socios no vinculados al convenio el derecho de crédito respectivo, se aprobó vender un bien de alto valor a un tercero, y se celebró la compraventa). De todas formas existe una connatural dilación que puede ser enorme y tornar por el decurso del tiempo sin utilidad la medida, en el derecho español en efecto, se requerirá ventilar en un proceso jurisdiccional el asunto para obtener una resolución judicial firme y si se hubiera pactado el arbitraje será el laudo arbitral el que deberá revestir tal calidad, que solo luego que la reúna

podrá ser comunicada a la sociedad. Esto hace ineficiente la promoción de este proceso si el mismo cumple las etapas necesarias por la demora del trámite. un procedimiento que entendemos admisible pero que encuentra un sin número de dificultades en los cuatro sistemas jurídicos analizados y que puede devenir ineficiente por la dilación que conlleva.

152. En caso de ejecución forzada de manifestaciones de voluntad en los órganos sociales para convenios que tienen eficacia respecto a la sociedad en los sistemas brasileño y uruguayo, si consistiere en una manifestación de voluntad, se sustituye la del deudor por medio de del juez, y se da cuenta a la sociedad para que rectifique lo resuelto. Las limitaciones, a la ejecución in natura, en estos casos son las del derecho de las obligaciones y los contratos, la imposibilidad de la prestación o la hipótesis de abuso de derecho. En las sociedades anónimas uruguayas, si el sindicato emite una manifestación de voluntad a despecho de lo normado en el Convenio, el presidente del órgano respectivo, no deberá computar el voto. El problema se plantea en caso de abstención, ante la ausencia en Uruguay, de una norma como la ingresada al ordenamiento brasileño en el año 2001, por lo que para ese tipo social habrá que acudir a la justicia. En cambio, la LSAS, se acercó aun más al ordenamiento brasileño y dispuso para los convenios de sindicación celebrados para ese tipo social, que una vez comunicado el convenio en la forma establecida, en el art. 28 y en caso de preverse la existencia de un sindicato, una vez comunicado lo resuelto por el mismo, el Presidente de la asamblea de accionistas o del órgano colegiado de deliberación de la sociedad, consejo de administración, directorio, no deberá computar el voto emitido en contravención a dicho convenio, lo que ya operaba a mi juicio para las sociedades anónimas. Pero agrega, exclusivamente para las asambleas de accionistas de una SAS, que en caso de comportamiento omiso por abstención o de ausencia del accionista, el Presidente votará, por el accionista omiso o ausente en el sentido previsto en el pacto parasocial o en la resolución comunicada en caso de accionistas. Los argumentos para cuestionar la ejecución forzada de los pactos parasociales, que dicen relación con comportamientos en los órganos estatutarios de las sociedades anónimas, no son admisibles en el Uruguay, de haberse cumplido los requisitos del artículo 331 de la LSC o 28 de la LSAS y en el Brasil con los del art. 118 de LSC brasileña, en función de los efectos, que por expresa disposición legal, proyecta el acuerdo sobre la esfera jurídico patrimonial de la sociedad.

153. De no haberse pactado arbitraje, en los sistemas brasileño y uruguayo, el asunto se tramitará ante la justicia y la ejecución forzada específica, presenta dificultades prácticas, debido a la lógica demora del proceso o a la situación generada en los casos en que el incumplimiento acaece en la propia reunión del órgano social, apartándose el obligado de lo resuelto por el sindicato. En estos casos la ley brasileña prevé la designación de procurador común (art. 118, § 7º), a fin de precaver incumplimientos; también estipuló la irrelevancia de la expresión de voluntad que pretendiera votar en sentido diverso del pactado (art.118, § 8º) -el Presidente vota por quien no hace lo que debe- y finalmente colocó un mecanismo radical de autotutela preventiva (art.118, § 9º), si no actúa el Presidente lo hacen los otros sindicatos acreedores. Ante las dudas sobre la constitucionalidad presentadas en Brasil, o afirmaciones del tipo el presidente no podía contar con el *poder judicandi*, reservado al Estado salvo casos de arbitraje. Cabe replicar que si no fuere posible evitar la producción de un daño, ello importaría tanto como crear el derecho de perjudicar, el razonamiento debe ser el contrario, una vez eficaz el pacto respecto a la sociedad, el Presidente estaría obrando contra Derecho si computara los votos de los incumplidores -esto aplica al hoy vigente Derecho uruguayo- nada más apropiado que haga lo que debe hacer de acuerdo a las normas aplicables a la propia sociedad. La siguiente observación alude a que el Presidente –tildado por Oppo al analizar el sistema brasileño de “gendarme”- debe necesariamente interpretar, asignar significado a lo enunciado por el pacto, del que incluso puede no haber sido parte. Tampoco es de recibo la observación, deberá interpretar los enunciados normativos o resoluciones emergentes del convenio al igual que todas las normas aplicables a la sociedad. Por otra parte, el sentido en que debe votarse surgirá o del propio convenio o de la comunicación de lo resuelto por el sindicato en la reunión previa a la reunión del órgano social. Lo hace de sólo por un representante común que representa a todos los socios sindicados. En caso que esto no ocurra o si el representante se apartara del mandato otorgado por el sindicato, una vez que lo resuelto fue comunicado a la sociedad, esa decisión ingresa a la estructura de normas aplicables a dicha sociedad. Si bien se trata de una norma individuada, en caso de apartamiento de la conducta prescrita se sigue una respuesta

coactiva desfavorable. Lo que no podía realizar el presidente del órgano, antes de la reforma de 2001 en Brasil y aun hoy, no puede hacer en las sociedades anónimas uruguayas, es votar por los incumplidores.

154. En la situación en que los sindicatos acreedores del incumplidor votan por el miembro díscolo, ante la omisión del Presidente en Brasil se procuró subsumir a esta situación al interior de algún tipo de figura prediseñada por la tradición jurídica, algunos autores, sostuvieron que hay un mandato legal otorgado por los sindicatos entre sí, lo que parece inconsistente si se piensa que el sindicato que ahora pretende votar es el mandante, aquí se ingresaría a nuestro juicio a debatir sin demasiado provecho sobre el régimen del “mandato legal” conferido y la aplicación de las normas en materia de dicho contrato para el caso de mandato convencional. A mi juicio el supuesto se subsume adecuadamente en un caso de autotutela, ejemplos de este tipo de mecanismo, lo constituye en derecho privado el derecho de retención, la reposesión o la legítima defensa en materia penal, entre otros.

155. Otra situación diversa de la actuación en órganos sociales, refiere a la ejecución forzada para situaciones jurídicas de los socios individualmente considerados, los denominados pactos patrimoniales. En relación a los que limitan la transmisibilidad de las partes sociales, cabe precisar que una vez admitida la figura, no corresponde privar al acreedor de un remedio del que la ley no lo priva, la ejecución de las obligaciones, arguyendo que esto atenta contra la libre transmisibilidad de las acciones, asunto que se resolvió favorablemente antes cuando se admitió la categoría. Luego, se presentan las mismas dificultades que para la ejecución de los convenios de voto, fundamentalmente el tiempo que insume la satisfacción del interés del acreedor, más allá que se reclamarán los daños moratorios, que en ese caso pueden ser muy significativos, en definitiva el tipo de obligación hace más apropiada esta modalidad en este tipo de convenios, la que de todas maneras podrá acompañarse con una medida cautelar para evitar la frustración del derecho, a ser solicitada de forma previa o concomitante con la promoción de la demanda. El tipo de obligaciones asumidas en los pactos de bloqueo, involucra situaciones de obligaciones de no hacer (vg. no venderle a quien no cumpla ciertos requisitos), esto presenta las dificultades detectadas para la ejecución forzada de las obligaciones de no hacer en particular la acción de remoción en el derecho español o argentino, que terminan volviendo inasequible la satisfacción específica del interés

del acreedor. En cambio en el derecho brasileño y uruguayo este tipo de dificultades no se plantean, nos referimos a los respectivos dispositivos procesales, independientemente de la situación de conocimiento u oponibilidad al adquirente del contrato incumplido por haberse inscripto o depositado el convenio.

156. En otros sindicatos de bloqueo se establecen obligaciones de someter la transmisión a procedimientos previos, en estos casos se trata de obligaciones de hacer, vg. ofrecer a los demás sindicatos las acciones, aguardar un plazo, respecto a dicho hacer, el mismo, es fungible. La oferta de venta o solicitud de autorización a la que está obligado el otorgante, puede reconducirse sin dificultad a los desarrollos respecto a los contratos preliminares, pueden ser realizadas por una persona distinta, en tanto no son relevantes las características personales de quien, simplemente, debe seguir cierto procedimiento para disponer de sus acciones, resulta pasible de ejecución específica.

157. Respecto a los que imponen un precio de compra o venta de acciones, cualquiera fuera el momento en que conforme el pacto deba fijarse y el procedimiento o parámetro elegido para su determinación, la obligación es una obligación de hacer, vender a cierto precio. En cambio si se trata de una situación de opción cuando el beneficiario de la opción, haga uso de ella, el contrato se habrá perfeccionado y lo que se ejecutará será una obligación de dar, entregar las acciones o ceder el conjunto de derechos que comporta el estado de socio.

158. Respecto de los efectos de los actos del obligado a despecho de lo pactado dependerá del conocimiento, de quien se presenta como adquirente respecto al contenido de lo pactado, sea directo el conocimiento del negocio o consecuencia del cumplimiento de requisitos legales *que lo hacen oponible a aquel*. Esto aplica a todas las modalidades sea la básica prohibición de transmisión, o de la fijación de procedimientos preceptivos para poder concretar la celebración de un negocio que precipite la enajenación cualquiera fueren o el derecho de preferencia a quienes se determine. Caben tres supuestos de hecho a analizar según los respectivos regímenes jurídicos y tipos sociales para quien pretende enajenar apartándose de lo establecido en el convenio, según quien sea el pretenso adquirente, otro sindicato, un socio o accionista no sindicado o un tercero. a) Si se

pretende enajenar a *otro sindicado* independientemente de si se cumplieron los requisitos para que el pacto sea eficaz para la sociedad en los sistemas en que esto es posible o no, el negocio obligacional por el que un sindicado se obliga a disponer incumpliendo lo acordado o es nulo o es inexistente según la postura que se tenga. En este caso no se genera el efecto previsto, pretendido por los incumplidores, por cuanto la expresión de voluntad no es secundada por el ordenamiento jurídico, su conducta no es el presupuesto de aplicación de una norma atributiva de competencia, sino que en vez de esos efectos es el presupuesto de una norma primaria, genera la aplicación de una respuesta coactiva desfavorable para los incumplidores. En ese caso corresponderá promover contra ambos la acción tendiente al cumplimiento. Todos los actos materiales cumplidos por los otorgantes incumplidores, no serán nada más que eso, carecen de título hábil antecedente y corresponde de forma evidente la acción de remoción si se ha hecho algo contrario a lo previsto. Si se habían seguido los procedimientos previstos en la legislación brasileña o uruguaya, la sociedad debió rechazar cualquier variante y si algún cambio documental se produjo contra lo dispuesto en el convenio también será la sociedad responsable, en todos los casos la responsabilidad será contractual. Tratándose de un supuesto de ejecución específica los daños que podrán reclamarse serán los moratorios. b) En caso de enajenarse a un *socio o accionista no sindicado*, este debe considerarse un tercero, pero en ciertos derechos positivos existe la posibilidad de hacer oponible ese negocio al tercero. Partiendo de ese supuesto en el derecho uruguayo para las sociedades anónimas, si se han cumplido los requisitos para que el convenio sea eficaz ante la sociedad necesariamente deben haberse cumplido, además, con la inscripción registral por lo que respecto al sindicado, el negocio que en ese caso será válido y eficaz pero no será oponible a los sindicatos, se prefiere la situación de los mismos por sobre la del tercero. En ese sistema jurídico, en cambio, el art. 28 en materia de SAS, no establece mecanismo para hacer oponible a terceros los pactos parasociales suscritos por sus accionistas. En caso de pactarse limitaciones a la transmisibilidad de las acciones en este tipo social en ese país, es posible incorporar dicha regulación en el Estatuto, lo que sí hace oponibles a terceros las mismas. En caso de insertarse en el pacto parasocial, las consideraciones respecto a la buena o mala fe del tercero, en este caso accionista, dependerán del conocimiento que tuviera de la existencia del pacto parasocial (infra c) En el Brasil, deben distinguirse para las sociedades anónimas dos situaciones, si

solo se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el acápite del art. 118 de la LS de ese país, puede que el accionista adquirente no esté enterado de la existencia del pacto y no le sea oponible por imperio legal, en ese caso la situación se reconduce a la de un tercero y dependerá del conocimiento que tuviera de la existencia del pacto parasocial, o puede que se haya cumplido con lo dispuesto en el § 1 de dicho artículo –inscripciones en los títulos representativos- en ese caso será oponible el acuerdo al tercero adquirente. Podrá promoverse consecuentemente la ejecución forzada específica contra ambos otorgantes del negocio. En estos sistemas de no haberse cumplido con los requisitos que generan la oponibilidad del pacto a terceros o en el caso del sistema español o argentino, respecto de limitaciones originadas de pactos parasociales, deberán considerarse los supuestos de transmisión a un tercero que *conoce el contenido del pacto*, como otros de los supuestos en que corresponde la ejecución forzada específica. c) Si se enajena *a un tercero*, para Brasil y Uruguay en materia de sociedades anónimas, de no haberse cumplido los respectivos requisitos necesarios para que el convenio devenga oponible a terceros, y en España o Argentina donde no existen este tipo de normas, la situación, depende del conocimiento que el adquirente tenga de la existencia del pacto. En estos últimos países se ha discutido para los casos en que corresponde la inscripción preceptiva de ciertos convenios si debe reputarse que los terceros tienen conocimiento. En caso de no existir-cuando esto es posible- un límite estatutario o contractual concreto, aunque exista un pacto parasocial, si uno de los sindicados lo incumple, el negocio es de regla válido y eficaz, por lo que no podrá acudirse como remedio a la ejecución forzada específica. Si existe una prohibición legal o estatutaria a la enajenación o se ha obtenido la eficacia frente a la sociedad del pacto, como se dijo, la enajenación no surte efectos, no es secundada por el ordenamiento reduciéndose los desplazamientos a meros actos materiales, que no son más que el producto del incumplimiento. En cambio, en caso que se venda a un tercero el negocio es válido y eficaz y los acreedores deberán optar por otros remedios, así, corresponderá la - para algunos- ejecución por equivalente (*aestimatio rei*), o desde otra perspectiva acción indemnizatoria autónoma, o en su caso la exclusión del incumplidor o resolución del contrato más los daños compensatorios. Si el adquirente conocía el

pacto el conocimiento por parte del tercero de la existencia de una obligación de hacer, vg. seguir un cierto procedimiento dando prioridad a los restantes sindicados en la adquisición, no varía la situación jurídica originaria, situación de obligación. Por lo que, no se está retirando a quien confirió la preferencia poder de disposición. La objeción al proceder de los protagonistas del acto lesivo, no parte de una situación de limitación al poder de disposición, sino del conocimiento que tiene el tercero de la existencia del derecho de crédito y del proceder ilícito que desarrolla junto con obligado que se obligó a proceder de cierto modo al vender por lo que, o si se parte de la ilicitud de la conducta, el objeto del contrato también será ilícito y la situación se reconduce desde esa perspectiva a la situación anterior. Podría solicitarse la declaración de nulidad del contrato acreditándose el conocimiento del tercero protagonista así del negocio ilícito, e impetrarse de seguido que se condene a otorgar la compraventa al que vendió en los términos en que debió haber sido otorgada siguiendo los respectivos procedimientos. Si se había perfeccionado una compraventa por ejemplo en beneficio de los restantes sindicados, desconocida por quien vendió sirviéndose de un tercero, habría que impetrar conjuntamente con la declaración de nulidad la entrega. Si no se entiende de recibo que la ilicitud del negocio comporte su nulidad, y se toma como un negocio válido y eficaz, en tanto la norma contractual no aplicaba al tercero y por tanto no hay objeto ilícito sino una situación de responsabilidad aquiliana por haber dañado el tercero a los sindicados perjudicados, la condena se resumirá a indemnizar daños. En esta segunda perspectiva, el negocio es válido es eficaz, el tercero coadyuvó al incumplimiento, sabía de la existencia del negocio, se trata de una situación obligacional, el comprador de las acciones o participaciones colaboró con el incumplimiento de una obligación de no hacer, es un supuesto de tutela aquiliana del crédito, el contrato es válido en tanto fue otorgado por dos sujetos con capacidad jurídica y poder normativo, hubo consentimiento, el objeto es determinado, posible y lícito- en tanto la norma contractual emergente del pacto parasocial no es aplicable al tercero- hay causa en los sistemas que así lo exigen, se trata de un ejemplo de contrato celebrado en daño de un tercero, y cabrá en esa línea responsabilizar a ambos actantes, el factor de atribución es el dolo. La transmisión válida y eficaz, constituye un evento dañante respecto de los pactantes, el sindicado incumplidor responderá por el incumplimiento de su obligación y el adquirente responderá extracontractualmente, salvo que demuestre que no conocía lo pactado, no podrá invocarlo si se encontraba

inscripto el pacto en un registro público. Esta pretensión puede ser apropiado incoarla en subsidio a la primera ante la situación de incumplimiento, para el caso en que el tribunal o árbitro no compartiera la tesis de la nulidad.

159. En relación a la pretensión indemnizatoria autónoma un aspecto relevante es la causalidad, los sindicatos serán responsables del daño causado por el evento dañoso incumplimiento de su parte, pero muchas veces el daño en este tipo de convenios se genera de forma indirecta. En el pacto parasocial podría preverse que serán responsables de los daños que se generen directamente a la sociedad o a los accionistas o socios y de los que se generen indirectamente. El resarcimiento del daño indirecto, comprende, por ejemplo, situaciones en que la conducta de los sindicatos produce un detrimento en el patrimonio social que indirectamente afecta a los restantes. De no haberse previsto esto, quedaría reservado el daño resarcible a hipótesis en que el perjuicio, se genera directamente en el patrimonio del accionista sin tomar en cuenta daños padecidos por la sociedad que indirectamente afectan a aquellos. Si solo puede indemnizarse el daño directamente causado, debería rechazarse una demanda, con base en que el daño verificado no es directo, sino solo un reflejo del impacto sobre el patrimonio social. Por ejemplo si contra lo definido por el sindicato, se realizara un negocio a un precio vil, la pretensión resarcitoria de los accionistas sindicados, debería desestimarse pues el daño no es el resultado del comportamiento asumido, sino que la disminución del patrimonio social, solo por repercusión se traducía en un detrimento patrimonial para los sindicatos. Si bien caso de dolo se deben indemnizar los daños previsibles e imprevisibles, y en este tipo contractual, los daños que se deben indemnizar son los *causados* por el evento dañoso, esto lleva al análisis del siempre dificultoso problema de la causalidad y las respectivas posiciones al respecto (equivalencia de causas, próxima, adecuada, eficiente). Otro asunto relevante es la incidencia del apartamiento de la conducta debida en el resultado dañoso, por ejemplo si un sindicato díscolo, vota solo, es claro que será responsable de la totalidad del daño, pero en caso que vote con otros socios o accionistas no sindicados haciendo que pasen a ser mayoría, se presenta el problema de determinar que cuota parte de la responsabilidad por el daño generado le cabe, la

incidencia causal de su conducta en el acto colectivo –acuerdo de la junta, resolución de la asamblea- o si el voto contrario a lo pactado puede conformarse como evento dañoso de por sí; nos parece preferible esta segunda alternativa. Esto, siempre considerando que algún daño se genere, pues de sostenerse la tesis del *id quod interest*, en caso contrario, ninguna indemnización cabrá. Este remedio parece insatisfactorio respecto al interés del deudor; por el tipo de prestaciones asumidas que son mediatas respecto a la finalidad buscada y lo que involucra el asunto, la indemnización resultará un espectral remedio obtenido luego de un proceso que puede tardar años.

160. En cuanto al factor de atribución incumplimiento de regla en este tipo contractual va a ser imputado a título de dolo, tenía que votar en un sentido y lo hizo en otro, debía ofrecer las acciones al otro sindicato y se las vendió a un tercero. Por la forma en que se delinea el hecho dañoso, en el sistema de responsabilidad extracontractual el dolo implica la intención de provocar un daño, el protagonista de la conducta tiene voluntad de agredir la esfera jurídica ajena, en cambio en el ámbito contractual en que nos ubicamos ahora, consiste en la voluntariedad del incumplimiento atiende exclusivamente a la negativa voluntaria a cumplir la prestación, esto puede tener incidencia sobre el daño indemnizable vg. daño imprevisible en el sistema uruguayo.

161. Entre las alternativas del acreedor se ubique el poner fin al vínculo respecto al deudor a la que podrá sumar la indemnización de los daños padecidos debe indemnizarse el interés positivo, en cuanto a su determinación, el acreedor no tiene derecho a obtener todo el daño causado por la falta de la contraprestación porque a su vez no debe cumplir la suya; el daño consiste en la ‘diferencia de valor entre las reciprocas prestaciones, además de ello, el crédito indemnizatorio abarca todo el lucro cesante y el daño que sufre por el fracaso de la operación económica. Para los pactos parasociales que comporten relaciones duraderas, como los convenios de sindicación, deberá indemnizarse el interés positivo; no verificándose en esa situación probablemente restituciones, no serán atinentes las consideraciones respecto a cómo determinarlos daños en caso que estas correspondieran. El cese de la eficacia contractual, tratándose de un contrato de ejecución continuada, de tracto sucesivo, tendrá efectos *ex nunc* –hacia el futuro- no *ex tunc* propios de la reasunción de las respectivas situaciones que se tenían antes del contrato, característica de la resolución de los contratos bilaterales o unilaterales

cuando es admitida en este último tipo de negocios.

162. En los pactos parasociales, respecto a la trascendencia del incumplimiento que habilita la exclusión del sindicado, si no se hubiera regulado la situación la ponderación, puede ser compleja, por la variada casuística. Para lograr que también el remedio resolutorio – o rescisorio- pueda prosperar, deberá establecerse que el incumplimiento de cualquier obligación aún secundaria o el apartamiento del proceder apropiado conforme a la buena fe objetiva habilitará la exclusión del incumplidor, de todas formas este remedio debe tramitarse a nivel judicial. Esto puede pactarse además como una cláusula resolutoria expresa respecto al vínculo del sindicado incumplidor.

163. En los denominados pactos de atribución que presentan estipulaciones para otro, corresponde analizar la posibilidad de solicitar la resolución del contrato, el derecho del beneficiario existe antes de la aceptación, solo que esta *“consolida un derecho del cual ya es titular, impidiendo el ejercicio del poder de revocación por parte del estipulante”*, sin embargo esto no impide, que el prometiente renuncie al derecho potestativo de resolver el contrato ante el incumplimiento del estipulante, la obligación del prometiente surge de un contrato celebrado entre él y el estipulante, por tanto el estipulante, tiene también además del beneficiario, el derecho de accionar contra el prometiente para obligarlo a cumplir con lo pactado también el de pedir la resolución. Si se promueve la resolución – rescisión- del contrato o la exclusión del socio incumplidor, este deberá los daños además de a los otros sindicados al beneficiario, que en los pactos de atribución suele ser la sociedad. El art. 1028 del C.C y Co argentino, edicta sobre este asunto, que el estipulante puede exigir al promitente el cumplimiento de la prestación, sea a favor del tercer beneficiario aceptante, sea a su favor si el tercero no la aceptó o el estipulante la revocó y resolver el contrato en caso de incumplimiento, sin perjuicio de los derechos del tercero beneficiario.

164. La función preventiva de la responsabilidad civil, procura evitar el evento dañoso y así impedir que nazca la obligación resarcitoria, la regulación del nuevo C.Cy Co. argentino hace que esa aparente poca relación entre el aspecto preventivo y el resarcitorio confluyan el art. 1713 de dicho código establece que la

“sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”. Habiéndolo dispuesto alguien dotado de poder para ello –juez-, se requiere desplegar un determinado comportamiento para evitar el daño. Para que nazca esa obligación creada por imperio judicial, los presupuestos son sustancialmente diversos a los que corresponde analizar para que nazca la obligación resarcitoria que requiere justamente la existencia de un daño, el que, en la fase preventiva, se trata de evitar.

165. Siendo eficaz frente a la sociedad el pacto parasocial en los sistemas donde esto es posible, la tutela preventiva puede desarrollarse a través de una medida cautelar. En Uruguay, art. 311.1 y 311.2 CGP en caso de peligro de frustración del derecho y de inminencia de generación de daños, por el apartamiento de lo debido por parte de los sindicatos sea que su obligación refiera a la actuación en los órganos sociales, sea que involucre otros comportamientos referidos a sus derechos económicos, podrán solicitarse dichas medida de prevención. Similares conclusiones caben para el sistema brasileño, si se aprecia que pueden existir irregularidades en la asamblea o en la reunión del directorio de forma que las medidas de tutela preventiva que recaen en el presidente o las de autotutela a favor de los propios damnificados que pueden votar por quien no está dispuesto a cumplir, se vean obturadas por algún tipo de alcaldada del presidente, o por su proceder omiso, el Código de Proceso Civil, ley 13105/2015, en sus arts.300 y siguientes regula las medidas que pueden adoptarse a los efectos indicados. La situación no varía si el pacto social no es eficaz respecto a la sociedad, ni en el derecho uruguayo, ni en el brasileño. La posibilidad se mantiene enhiesta en el sistema argentino, en este justamente, es donde se encuentra regulada de forma pormenorizada la tutela inhibitoria, que no requiere del incumplimiento que genera el daño sino que parte de una visión diametralmente opuesta, evitarlo. Claro que puede no tenerse noticia del riesgo de daño, por ejemplo, de que un sindicato se va apartar de lo debido, votando en sentido diverso al que corresponde, pero también puede haber elementos que hagan probable dicho evento dañoso. Dicha solución tampoco encuentra óbice, a mi juicio, en sistema español por la vía de la medidas cautelares (art. 728 LEC y art. 726.2 LEC). En cuanto a la prueba, la misma se ve

CONVENIOS DE SOCIOS Y ACCIONISTAS

LOS PACTOS PARASOCIALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y EL DERECHO DE DAÑOS

facilitada hoy por los intensos rastros documentales que se generan en la sociedad de la información.

VII. BIBLIOGRAFIA

- ADAMEK, M. V., *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)* Saraiva, San Pablo, 2009.
- ADIUTORI, A. R., *Funzione amministrativa e azione individuale di responsabilità*, Giuffrè Ed., Milán, 2000.
- AGUILÓ REGLA, J., “Derogación, rechazo y sistema jurídico”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 11, 1992, pp. 263-280, disponible on line en *Doxa*.
- “Sobre definiciones y normas”, disponible en <https://doxa.ua.es/article/view/1990-n8-sobre-definiciones-y-normas>,
- ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. II, vol. 2, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- ALBELLÁ AMIGO, S., “Régimen de publicidad de los pactos parasociales”, en AA.VV., *F. Uría (coord.), Régimen jurídico de los Mercados de Valores y de las Instituciones de Investigación Colectiva*, Ed. La Ley, Madrid, 2007.
- ALBORCH BATALLER, C., *El Derecho de voto de los accionistas*, Madrid, 1977.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, E., “Los convenios sobre el voto y las limitaciones a la transferencia de acciones en la sociedad anónima: otra vuelta de tuerca a la autonomía privada”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, N° 1, 2003,
- *La responsabilidad contractual. Causa y efectos de los contratos y sus obligaciones*, Ediciones Universidad Católica, Santiago de Chile, 2018.
- ALEGRIA, H., “Las garantías autoliquidables”, *Rev. de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 2, 1996,
- ALFARO ÁGUILA REAL, J. “La exclusión de socios”, *Tratado de la Sociedad Limitada*, PAZ ARES, C. (coord.), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997.
- ., “La llamada acción individual de responsabilidad”, en Sánchez Calero, F., *Los administradores de sociedades de capital*, Navarra, 2005.
- , “La regulación de los pactos parasociales en la propuesta de Código Mercantil”, disponible en <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2013/11/la-regulacion-de-los-pactos.html>.
- . “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, en *InDret*, 4/2005, disponible en www.indret.com
- ALFARO BORGES, K. Cuestiones en torno a la firma electrónica simple, en *Rev. Crítica de Derecho Privado*, n. 17 La ley, Montevideo 2021.
- ALFARO, J.- POZIOMEK, R.- ABADI, F. Y ROMANO, A. *SAS Como vehículo de inversiones- Aspectos societarios, tributarios y de seguridad social*. Ed. del Foro, Montevideo, 2020.
- ALFERILLO, P. E., *Conferencia de Ingreso como Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Argentina, pronunciada el 9 de setiembre de 2003.

ALFONSO SÁNCHEZ, R., “La legislación española sobre cooperativas y sociedades laborales: ¿Una respuesta adecuada a las necesidades del sector?”, en *CIRIEC*, N° 20/2009, disponible en https://www.um.es/ROOT/estructura/unidades/economiasocial/documentos/AlfonsoSanchez_CIRIEC_20_2009.pdf.

- “La integración cooperativa y sus técnicas de realización: La cooperativa de segundo grado”, disponible en *digitum.um.es*,

ALGORTA MORALES, P., *El Control Societario en la ley de sociedades comerciales*, Ed. UM, Montevideo, 2013.

ALMEIDA COSTA, M. J., “La buena en los contratos según el Derecho portugués”; *Derecho Privado. Alberto J. Bueres libro homenaje*, Oscar J. Ámeal (dir.), Dora Mariana Gesualdi (coord.), Hammurabi, Buenos Aires setiembre 2001.

ALONSO LEDESMA, C.

- “Acciones vinculadas y ejercicio de los derechos de socio”, en *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Ed. Civitas, Cizur Menor 2010.

- “Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente”, en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Consejo Gral. de los Colegios Oficiales de Comercio y Ed. Civitas, Madrid, 1991.

- voz “Pactos Parasociales”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

ALTERINI A.A, AMEAL O.J, LÓPEZ CABANA R.M “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales” Buenos Aires : Abeledo-Perrot

- *Curso de Obligaciones* T.1

ALTERINI, A.- LÓPEZ CABANA, R., *Derecho de Daños (y otros estudios)*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1992.

ALTERINI, A., *Curso de obligaciones*, II, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

- *Contratos: teoria general*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

ÁLVAREZ ARJONA J. MA. – ARANBURU URIBARRI, A., “La gestión y disputas entre socios. Arbitraje y otras formas de resolución de conflicto”, en J. Ma. Álvarez Arjona (dir.) y ErlaizCotelo, I. (coord.), *Capital Riesgo (PrivateEquity). Aspectos Regulatorios, Mercantiles, Financieros, Fiscales y Laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

AMORÍN, M. – PIRIZ, J., “El Contrato de Factoring o Factoraje en el Derecho uruguayo”, en *Rev. Crítica de Derecho Privado*, N° 2, año 2005, Montevideo, Ed. Carlos Alvarez, pp. 157-182.

AMORÍN, M. –ALGORTA, P., “Las partes sociales de las cooperativas son pasibles de ejecución forzada”, en *Anuario de Derecho Comercial*, Nro. 14, 2012, Montevideo, FCU, pp. pp. 335-342.
-*Sociedades Cooperativas. Sistema y Derecho Cooperativo*, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo, 2010.

-*Sociedades Cooperativas – Sistema y Derecho Cooperativo*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Montevideo, 2021.

AMORÍN, M., “Abuso de posición dominante e imposición vertical de precios”, PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L. (DIR.), PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F. J. (COORD.), *Derecho Privado, Responsabilidad y Consumo*, Ed. Aranzadi, 2018.

-“Buena fe y responsabilidad del proveedor a propósito de los artículos 32 y 33 de la ley de relaciones de consumo”, en *Rev. Crítica de Derecho Privado*, N° 1, C. Álvarez Ed., Montevideo, 2004

- “Efectos de la Prenda sin Desplazamiento en proceso promovido por acreedor distinto del beneficiario – Prenda sin Desplazamiento”, en *ADCU*, t. 39, Montevideo, 2002,

-“El fideicomiso testamentario”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 4, Montevideo, 2007, pp. 649-678.

- “La paradoja de la convención sobre forma en un contrato consensual celebrado por medios electrónicos”. *Inédito*.

- “Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas. El factor de atribución”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 229 marzo/abril 2008, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires,

-“Sociedad Civil: la estructura normativa que genera el contrato de compañía en el derecho uruguayo y la cesión de parte contractual”, en *ADCU*, T. LXI, Montevideo, 2011, pp. 553-567.

-*Convenios de Sindicación en las Sociedades Comerciales – Análisis desde la Teoría General del Contrato*, Ed. FCU, Montevideo, 2009

- “Convenios de Sindicación en las Sociedades Comerciales”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año 3, nro. 6, 2004, p.200-206, disponible en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/10/DERECHO-6.pdf>

AMORÍN, M.; RIBEIRO SANTIAGO, M., “Estado actual de la cuestión de la Causa en el Derecho Privado europeo, brasileño, argentino y uruguayo”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 16, Año 2019, Montevideo, La Ley Uruguay, pp.107-164.

ANAYA, G. L., “Las convenciones parasociales en el diseño del funcionamiento de la Sociedad”, ponencia al *XII Congreso Argentino de Derecho Societario VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Buenos Aires, 2013,

ANIDO BONILLA, R., *De la Prenda de Créditos*, Ed. AEU, Montevideo, 2001,

ARAGÃO, P. C., “A disciplina do acordo de acionistas”, en *Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controversas da Lei nº 10.303, de 31.10.2001*, J. Lobo (Ed.), Forense, Rio de Janeiro, 2002.

ARATA, F., “Introducibilità a maggioranza della clausola Drag Along”, tesis de doctorado para la Università degli studi di Milano, – XXVIII ciclo, disponible en <https://air.unimi.it/handle/2434/466626#.YGzN7FRKjIU>.

ARISTÓTELES, *Política*, 5ª ed., Martin Claret, São Paulo, 2009.

ASCARELLI, T., *Sociedades y Asociaciones Comerciales*, Buenos Aires, 1947.

ATIENZA, M. – RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996.

- *Ilícitos atípicos*, Ed. Trotta, Madrid, 2000, p.39-42

AUGUSTO DELGADO, J., “Acordo de acionistas na Lei das Sociedades Anônimas”, p. *Revista de direito público, ano X, nro. 51-52, 1979*, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo,

AZEREDO SANTOS, T. DE, *Revista da Ordem dos Advogados*, OAB-Bahia, Salvador, 1987,

BADO CARDOZO, V., “La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del análisis económico del derecho”, *Revista de Derecho Comercial*, Quinta Época, año III, Nº10, abril-junio de 2018, Ed. La Ley Uruguay.

BAILEY, J., *Curso de Derecho Civil*, T. I, Montevideo, 1937.

BALLERINI, L., “I pattidico-vendite nelle società: funzioni e struttura”, *Contratto e impresa*, 2014.

BARBI FILHO, C., “Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no Direito Brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal”, *RDM* (121): 31-55, enero-marzo 2001.

- *Acordo de Acionistas*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1993.

BARRAL, A. – GERMAN, D., “Concepto de Interés Social en el Derecho uruguayo”, ponencia al *IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, San Miguel de Tucumán, 2004, disponible en <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/handle/123456789/1278>.

BATTI, D., “Il patto leonino nell’ambito delle partecipazioni a scopo di finanziamento”, *Le società*, 1995,

BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, 1a, edición, Ed. F.C.E, Buenos Aires, 2009.

- *Vida de consumo*, Ed. F.C.E., Buenos Aires, 2008

BELLOCOQ, P., *Manual de sociedades por acciones simplificadas*, FCU, Montevideo, 2021.

BENAVENTE, M. I., “El objeto del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Sup. Especial La Ley*, feb. 2015.

- BERDAGUER, J, “Cláusula Penal, teoría, jurisprudencia, actualización” en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, Vol. 4 , Ed. 2016, Montevideo, FCU, pp.
- Fundamentos del Derecho Civil*, T. I, Ed. FCU, Montevideo, 1994.
- *Fundamentos de Derecho Civil*, T. 1, 2ª. edición, FCU, 2005.
- Fundamentos del Derecho Civil*, T. 1, 4ta, Ed. FCU, Montevideo. 2019.
- BÉRGAMO, A., *Sociedades Anónimas*, vol. II, Madrid, 1972
- BERNAL FANDIÑO, M., La transformación de la causa en el Derecho de los Contratos Francés, Ed. Vniversitas, Bogotá, 2006., enero-junio de 2006.
- BERTOLDI, M. “Acordo de acionistas” Ed. *Revista dos Tribunais*, , nº 6.4.2.3, 2006, San Pablo, pp. 124-127.
- BETTI, E., Teoria Geral do negócio jurídico, Ed. Servanda, Campinas, SP, 2008.
- BIANCA, C., *Diritto Civile*, t. 3 – *II Contratto*, Milano, 1998
- *Derecho Civil*, t. 3, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- BLANCO CAMPAÑA, J., “La adquisición por la Sociedad de sus propias acciones”, en *RDBB*, Año 1, Nº 2, 1981.
- BLENGIO, J., “El negocio en fraude a la ley”, *ADCU*, t. XV
- BOLOGNA, SESTA, M., Le garanzieatipiche. Vendita, cessione del autónomo, mandato a scopo di garanzia, contratto autónomo di garanzia, Cedam, Padova, 1988.
- BONAVIDES, P., Do Estado liberal ao Estado social, 3a ed.,Ed. FGV, Rio de Janeiro, 1972.
- BONELLI, F., *Gli amministratori de società per azioni*, Ed. Giuffrè, Milán, 1985.
- , *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Ed., Milano, 1992.
- BONMATÍ MARTÍNEZ, J., “El Ebitda”, en *Rev. Contable, de la Asociación de la Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España*, 1er Trimestre de 2012, pp. 15-16, disponible en Dialnet.
- BRUNSWICK, PH., “SAS et capital investissement: vers la fin des pactes d’actionnaires extra-statutaires ?”, *Recueil Dalloz-Sirey*, 2000, p. 595, I - 2.1.b
- BUERES, A., *Objeto del negocio jurídico*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986.
- BULGARELLI, W., “AnotaçõessobreoAcordodeCotistas” en *Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº98, Ed. Malheiros, abril/junio, San Pablo, 1995.
- BUSTO LAGO, J. M., “Materiales para la construcción de la responsabilidad civil de los terceros de confianza: Perspectiva desde la responsabilidad civil de auditores y de las agencias de rating y la teoría de las floodgates”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, t. 18, año 2014,
- CABANAS TREJO, R. Y BONARDELL LENZANO, R., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, I. Arroyo y J. M. Embid Irujo, dirs., vol. I, Madrid, 2001.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario. Parte General*, vol. 2 – *El contrato social*, 1ª ed., Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1994.

- Derecho Societario. Parte General*, vol. 4 – *Los órganos societarios*, 1ª ed., Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1996
- Derecho Societario. Parte General*, vol. 5 – *Los socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades*”, 1ª ed., Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1997.
- CABANILLAS SÁNCHEZ A., “Comentario a los arts. 1152-1155 CC”, en PAZ-ARES, C. DÍEZ PICAZO, L. BERCOVITZ, R. Y SALVADOR, P. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991
- CAFARO, E. - CARNELLI, S., “Delimitación del concepto de objeto contractual”, en ADCU, t. XX. -*Eficacia contractual*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.
- CAFFARENA, J., Prólogo a SANTOS MORÓN, M. J., *La Forma de los Contratos en el Código Civil*, Colección Monografías, Universidad Carlos III, Madrid, 1996.
- CAFFERA, G – MANTERO, E. “Garantías a primera demanda: Un fallo clarificador” en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, V. 5, 2017, Montevideo, FCU, pp. 177-196.
- “Garantías a primera demanda: entre la práctica bancaria y los tribunales”, publicación on line de FELABAN, disponible en <http://felaban.s3.amazonaws.com/colade/monografias/2019/Uruguay>.
- CAFFERA, G., *Responsabilidad Contractual – Introducción a su estudio en el Derecho uruguayo*, Ed. FCU 1era Ed., Montevideo, 2010.
- *Responsabilidad Civil Contractual*, FCU, Montevideo, 2010.
- CAÑIZARES LASO, A, “Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias”, *Anuario de Derecho Civil español*, t. XLIV, octubre-diciembre de 1991.
- CARAMELO, G., “Comentario al art. 1003 a 1006”, en Herrera, M. – Caramelo, G. – Picasso, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, disponible en http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_VI.pdf
- , *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera, t. V, 1ª ed., Ed. Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
- CARNELLI, S., “Contratos Coligados”, en ADCU, t. XVIII, 1998.
- “Función y ubicación de la mora del deudor”, ADCU, T. XXIII, Montevideo 1994.
- “La Cláusula Penal” en ADCU, Vol. XXX, 2000, Montevideo, Ed., FCU.
- CARNELLI, S., MOLLA, R., “La determinación del incumplimiento del deudor y la actuación de la garantía en el fideicomiso de garantía”, en ADCU, T. XLIII, 2013

CARRASCO, PERERA, A., “Derechos personales de garantía, aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial: 1995-16*,: Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995.

CARRIÓ, G., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 4ª reimpresión, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998.

CARÚS GUEDES, J., “Função social das ‘propriedades’: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social”, en *Alvim (coord.), Aspectos controvertidos do novo Código Civil - Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2003.

CARVALHOSA, M. A., “A vinculação dos administradores ao Acordo de Controle (§§ 8º e 9º do artigo 118 da LSA)”, *Sociedades anônimas e mercado de capitais*, A. Wald, F. Gonçalves & M. A. S. de Castro (coords.), Ed. QuartierLatin, San Pablo, 2011,

-, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, vol. 3, 4ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2009.

-. *Acordo de Acionistas: Homenagem a Celso Barbi Filho*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

-, “Eficácia e execução específica do acordo de acionistas”, *Rev. de la EMERJ*, vol. 7, Nº 26, 2004, pp. 125-132, disponible en http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_125.pdf.

CASTAÑER CODINA, “Acuerdos sociales contrarios al orden público (arts. 205.1 y 206.2 LSC)”, en AA.VV., F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel, R. Tena Arregui (dirs.), *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015.

CAUMONT, A. – AMORÍN, M., “La causa del sistema en la conexidad contractual”, en *Direito em Debate*, vol. 1, María Helena Diniz (coord.), Ed. Almedina, San Pablo, 2020.

CAUMONT, A., -, *Estudios de Derecho Civil*, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo, 2020.

– “La Ética como marca ontológica de la Contractualidad”, *Rev. Crítica de Derecho Privado*, Nº 11, año, 2014.

- “Interpretación de los contratos de la semiosis del signo a la semiosis del discurso”, en *Rev. Crítica de Derecho Privado*, Nº 1, año 2004, Montevideo, pp. 59-71.

- *Doctrina General del Contrato, Propositiones Teóricas de Innovación*, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo, 2014.

- “Una reflexión crítica sobre el dolo como vicio del consentimiento” *ADCU*, T. XXXVI p. 586-587.

CAUMONT, A., MARIÑO, A. “La pena pactada para sancionar el incumplimiento es irreductible en caso de resolución del contrato” en *ADCU* T.XXXIII, Montevideo.

CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, V.F *Tratado de Direito Privado* ,Tomo L, São Paulo, RT,

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L. – NEIRA FERNÁNDEZ, P., “Pactos Parasociales. Acuerdos y Pactos Parasociales: Una aproximación a su naturaleza y contenido básico”, en *Acuerdos y*

Pactos Parasociales una visión práctica de su contenido, Cazorla González-Serrano, L., coord., Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 32

CEREZETTI, S. C., “Administradores independentes e independência dos administradores (regras societárias fundamentais ao estímulo do mercado de capitais brasileiro)”, en L. A. N. M. Azevedo, *Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais* Ed. QuartierLatin, San Pablo, 2010, pp. 575-593.

CERRUTI AICARDI, H.J. *Contratos Civiles Centro de Estudiantes de Notariado*, Mdeo. 1958

CESARETTI, O. D. – CESARETTI, M., “La planificación de la sucesión en la empresa familiar y el nuevo C.C.C.N.”, en *XIII Congreso Argentino de Derecho Societario - IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, disponible en <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/7946/CDS130301543.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

CIAFFI, A., “Finanziaria regionale e patto leonino”, in *Giur. Comm.*, 1995, II.

COHELO DA ROCHA, J. L., *Acordo de Acionistas e Acordo de Cotistas*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

COLOMBO, G., *Los sindicatos accionarios y la tutela de las minorías*, t. 146, trad. de Edgardo H. Iriarte, La Ley, Buenos Aires.

COLOMBRES, G., *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972.

CONFORTI, CÉSARE, *La responsabilità civile degli amministratori di società*. Trattati a cura di Paolo Cendon, t. I, Giuffrè Ed., Milán, 2003.

CONSTANTIN, A., “L’*intérêt social*: quel *intérêt*?”, en *Etudes offertes à B. Mercadal*, F. Lefèbvre, 2002

CONTI CRAVEIRO, M., “Pactos Parassociais Patrimoniais: Elementos para sua interpretação no Direito Societário Brasileiro”, *Tese de Doutorado em Direito Comercial*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, pp. 220-222, disponible en https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-18112016-113723/publico/Tese_final_para_digital_Mariana_Conti_Craveiro.pdf

COPI I., M. – COHEN, C., *Introducción a la Lógica*, Ed. Limusa, México, 1997.

Corapi, D., *Gli statuti delle società per azioni*, Giuffrè Ed., Milano, 1971, p. 184,

CORDERO LOBATO, E., “Comentario al art. 1857 del Código Civil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.(coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009.

CÓRDOBA, M. M, *Sucesiones, Derecho de Familia*, t. 1, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2017.

-, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*; t. V, Lorenzetti, R. (dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

- “Comentario al artículo 1010”, en Lorenzetti, R. (dir.), De Lorenzo, M. F. –Lorenzetti, P. (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 740.

CORVO, E. “Acordos de Sócios de Sociedades Limitadas à Luz do CC/2002” en: ADEMEK, Marcelo Vieira Von (Coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*, Quartier Latin, San Pablo, 2011.

COSSU, E., *Opzione Put e Patto Leonino*, disponible en <https://www.dirittobancario.it/giurisprudenza/societa/opzione-put-e-patto-leonino>,

COSTAS COMESAÑA, J., *Los carteles de la crisis*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

COTTINO, G., *Le convenzioni di voto nelle società commerciale*, Giuffrè, Milán, 1958,

COUTURE, E. J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. T. I, Ed. Ediar Bs. As., 1948.

- *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ed. Depalma, Bs.As, 1966.

CRISTIA, J. M., *Sindicación de acciones*, Universidad Nacional de Rosario, 1975.

CRUZ CREUZ, L.R. *Acordo de Quotistas*, Ed. IOB Thompson, San Pablo 2007.

D’ALESSANDRO, C., “Patti dico-vendita (TagAlong e DragAlong)”, en Riv. Di Diritto Civile, No 4, 2010.

DA SILVA CARDOSO, A., *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2010.

DAIGRE, J. J. – SENTILLES-DUPONT, M., “Les pactes d’actionnaires”, *GLN Joly*, Coll. Pratique des Affaires, N° 34, 1995.

DÁVILA GONZÁLEZ, J., *La obligación con cláusula penal*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1992, p. 261.

DE AGUIAR DIAS, J., *Da responsabilidade civil* 12. Ed actualizada de acuerdo con el Código Civil de 2002, ampliada por Rui Berford Dias. Ed Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2012, p. 839

DE CASTRO FARIAS, J. F., *A origem do direito de solidariedade*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1998.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1985 –reimp. de 2002.

DE CORES, C. “Responsabilidad “postcontractual”: historia de una Idea” *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* nro.10(3), setiembre-diciembre, 2018, p. 291-303.

DE CORES, C. –GAMARRA, R.-VENTURINI, B, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario del Incumplimiento del Contrato*, Ed. La ley, Montevideo, 2013 p. 2-13

DE DIOS MARTÍNEZ, L. M. – RECALDE CASTELLS, A., “Fundación y ámbito de la OPA obligatoria”, en *Noticias de la Unión Europea*, N° 285, 2008.

GALGANO, F. en el Prólogo para la versión en castellano de la obra *El negocio Jurídico*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1992

DE LOS MOZOS, J. L., “La regulación del contrato y el problema de la causa”, en *Revista Jurídica del Notariado*, No 41, 2002, pp. 204-222.

DE MIRANDA VALVERDE, Trajano De Miranda, *Sociedades por ações*, 2ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1953.

DE PLÁCIDO E SILVA, A., Vocabulário jurídico, vol. II, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1963.

DE TAPIA, E, *Febrero Novísimo*, Valencia, Mompié, 1828), disponible en https://patrimoniodocumental.icam.es/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=1025498&posicion=241&registrardownload=0&interno=S&embebido=S&config_rotacion=270

DE TRAZEGNIES, F., “El Derecho Civil y la Lógica: los argumenta a contrario”, disponible en Dialnet.

DEL GIUDICE, G. Y BOCIA, E., “I patti parasociali: inquadramento normativo, il divieto di patto leonino e le opzioni put”, disponible en http://www.deiustitia.it/cms_files/20170112041201_qaqf.pdf,

DELGADO CASTRO, J. PALOMO VÉLEZ, D., DELGADO, G. “Autotutela, solución adecuada del conflicto y reposesión: revisión y propuesta” en *RDUCN vol.24 no.2* Coquimbo dic. 2017, disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532017000200265

DÍAZ ALABART, S., *La cláusula penal*. (Colección Derecho Español Contemporáneo), 1ª ed., Reus, Madrid, 2011.

DÍAZ GÓMEZ, J., “Pacto marciano. Repensando el sistema con la civilística italiana” en *ADC español*, TT. LXXII, 2019.

DÍAZ, H. “El Daño Jurídico aportes a su definición y tipificación”, en *ADCU*, t. LI, Montevideo, 2021, p. 897

DÍEZ-PICAZO, L., Fundamentos del derecho civil patrimonial, t. i, ed. civitas, pamplona, 2007.

- Fundamentos del derecho civil patrimonial, volumen II, Las relaciones obligatorias, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2008, 6ª edición

- Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, t. IV, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor – 2010.

- “Los pactos leoninos en el contrato de sociedad”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Federico de Castro*, t. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1976.

DÍEZ-PICAZO L., & GULLÓN, N., *Sistema de derecho civil* V. 2, T. 2. Madrid: Tecnos, 2016

DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1, Ed. Tecnos, 1995.

-, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1/2, Ed. Tecnos, 1998

- *Instituciones de Derecho Civil*, vol.III, Ed. Tecnos.

DINIZ, MA. H., *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Ed.Saraiva,San Pablo, 2007.

DIVIZIA, P., “Clausolestatutarie di covendita e trascinamento”, en *Notariato*, II, 2009, disponible en https://www.fdnотai.it/wp-content/uploads/2019/04/Clausole_statutarie_di_covendita1.pdf

DOMÍNGUEZ, J ,“Reivindicación de la firma electrónica simple y autenticación digital sin formalismos, como defensa del derecho de libertad”, *Revista CADE*: año 11, vol. 51, Mdeo. 2019.

DUBOUT, H., “Les clauses de durée dans les pactes extrastatutairesentreactionnaires”, *Bull. Joly*, 1997, chron. I, II. A.

DUGUIT, L., *Las transformaciones del derecho*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1975.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”,en *Derecho de sociedades anónimas (homenaje al Profesor José Girón Tena)*,vol. 1 – *La Fundación*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

DURHEIM, E., *Da divisão do trabalho social*, 3ª ed., traducción de Eduardo Brandão, Martins Fontes, San Pablo 2008.

EIZIRIK, N., “Acordo de Acionistas – arquivamento na sede social – vinculação dos administradores de sociedade controlada”, en *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nro 37, año 2003, pp. 45-53.

- *A Lei das s/A comentada*, Ed. QuartierLatin, San Pablo, 2011

EMBED IRUJO, J. M., *Ley Alemana de Sociedades Anónimas de 6 de septiembre de 1965* (BGBl, I, p. 1089), en la redacción dada por art. 1 de la Ley de 31 de julio de 2009 (BGBl, I, p. 2509), Ed. Marcial Pons, 2010.

ESTRADA ALONSO, E., *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica: Proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2018.

FABBRINI, L., “Validità delle clausole di drag-along”, en *Giurisprudenza Commerciale*, V, año 2009.

FARENKA, L.,“Contratti Parasociali”,en *Saggi di Diritto Commerciale*, Collana Fondata da Tulio Ascarelli, Nuova serie, a cura di Giuseppe Ferri, Giuffrè, Milán, 1987.

FARES, F., *La sindicación de acciones*, Abeledo-Perrot, *Monografías Jurídicas*, N° 87, Buenos Aires, 1963.

FAVIER DUBOIS, E., “La empresa familiar frente al nuevo código civil y comercial”, en *Errepar DSE*, 21-11-2014, disponible en <http://www.favierduboisspanolo.com/fds2/wp-content/uploads/2014/11/ERREPAR.-EMPRESA-FAMILIAR-EN-EL-NUEVO-CODIGO-CIVIL.pdf>.

- FAVIER DUBOIS, e. m. – FAVIER DUBOIS, e. m. (h), “La sociedad ‘holding’ y la sociedad ‘filial’ en el derecho argentino”, disponible en http://favierdubois.pagnolo.com/trabajos_doctrina/ERREPAR_La_sociedad_Holding.pdf, FELIU REY, J., *El Contrato de Escrow*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2021.
- Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Ed. Marcial Pons, 2012.
- FELIU REY, M. I., *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Civitas, Madrid, 1995.
- El Tanteo convencional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, Capítulo VI, pp. 110 y ss
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., *La lesión extracontractual del crédito*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- FERNÁNDEZ COSSINI, E., “La importancia de los pactos del art. 1010 del CCyC. Su incidencia en el patrimonio familiar. Análisis a la luz de la legislación comparada”, disponible en http://www.cfna.org.ar/documentacion/noveles/2018_Fernandez_Cossini.pdf.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de Sociedades*, vol. I, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2010.
- voz “Pacto parasocial”, en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Ed. Civitas, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El enforcement societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, en *RDS*, N° 29, año 2007.
- “El Protocolo Familiar”, en *Cuadernos Civitas, Thomson-Civitas*, Cizur Menor, 2008.
- “El reglamento de la Junta General en la Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas cotizadas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N° 93, enero-marzo 2004.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del Derecho societario español”, en *RDS*, No 22, 2004.
- FERRANDO MIGUEL, I., “Los indicadores de la adquisición del control y el deber de formular una OPA obligatoria”, en Juste Mencia, J. y Recalde Castells, A. (coords.), *Derecho de OPAS. Estudio sistemático del régimen de las ofertas públicas de adquisición en el Derecho español*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp. 59-84.
- FERRI, G., “L’ esercizio del voto nel pegno di azioni”, en *Rivista del Diritto Commerciale*, t. II, 1938.
- FERRI, G., *Manuale di diritto commerciale*, a cargo de C. Angelici y G. B. Ferri, Ed. Utet, Turín 2001.
- FERRI, L., *La autonomía privada*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

- FLORES, M., “Los pactos parasociales a favor de la sociedad”, en AA.VV., Á. Rojo y A. B. Campuzano (dirs.), *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2015,
- FONT GALÁN, J. I. - PINO ABAD, M. “La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (solo) jurídica del concepto legal de sociedad”, en *Rev. de Derecho Mercantil*, núm. 239, enero-marzo 2001,
- FONT GALÁN, J., “La fidelidad al interés social como concepto normativo estructurante del sistema de deberes de los administradores sociales. Su función normativa integradora de la diligencia y de la lealtad”, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, T. I, Ed. Bosch, Madrid, 2007, p. 601 y ss.
- FORGIONI, P.A “Aunicidade do regramento jurídico das sociedades limitadas eoArt.1053 do Código Civil –Usos ecostumes eregência supletiva”en AAVV, *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneo*; estudos em homenagem ao Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Liber Amicorum, Ed. Malheiros, San Pablo, 2011, pp.216–223.
- FRANCO, G., *A nova Lei das S.A. e o Conselheiro Laranja. O Estado de S. Paulo*, 15.2001 <http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/a125.htm>;
- FRANKLIN ROCHA, E. A., *Acordo de Quotistas nas Sociedades Limitadas*: Ed. Arraes, Belo Horizonte, 2011.
- FRANZONI, M., “La buena fe y la equidad entre las fuentes de integración del contrato”, *Derecho Privado. Alberto J. Bueres libro homenaje*, Oscar J. Ámeal (dir.), Dora Mariana Gesualdi (coord.), Hammurabi, Buenos Aires setiembre 2001. Fuente: http://www.consob.it/documents/46180/46181/dlgs58_1998.pdf/e15d5dd6-7914-4e9f-959f-2f3b88400f88
- FRANZONI, M., “La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali”, en AA.VV., “La responsabilità degli amministratori e dei sindaci”, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, dirigido por F. Galgano, vol. XIX, Ed. Cedam, Padova, 1994.
- GALEOTE MUÑOZ, M. P., “Equity crowdfunding: agentes y relaciones”, *Rev. de Derecho Patrimonial*, No 41, septiembre-diciembre 2016.
- , *Sindicatos de voto. El control en una sociedad conjunta*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- GALGANO, F., *Diritto Civile e Commerciale*, vol. Terzo – *L’ impresa e lesocietà*, t. II, 3ª ed., Cedam, Padua, 1999.
- La società per azioni*, Ed. Zamichelli, Bologna, 1978.
- GAMARRA, J., *Buena fe contractual*, Ed. FCU, Montevideo, 2011.
- Imprevisión y Equivalencia contractual: Código Civil o Torre de Babel*, Ed. FCU, Montevideo, 2010.
- “Interposición real e intestación a nombre ajeno”, en *ADCU*, t. XXII,

- “Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad precontractual”, en *Rev. Crítica de Derecho Privado*, Nº 2, C. Álvarez Ed., Montevideo, 2005, pp. 11-17.
- *Responsabilidad contractual*, T. I, Ed. FCU, Montevideo, 1996.
- *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, T. I, 3era. Ed. FCU, Montevideo, 1977.
- GAMARRA J., *Tratado de...*, T. II, vol. 1, 4ta. Ed., FCU, Montevideo, 2002.
- *Tratado de ...*, T. III, v.1, Ed. FCU, Montevideo
- GAMARRA J., *Tratado de...* T. IV, Ed. FCU, Montevideo.
- GAMARRA, J., *Tratado de....*, T. VIII, 2ª ed., FCU, Montevideo, 1972.
- *Tratado de ...*, T. IX, 2da Ed. FCU, Montevideo. 1972
- *Tratado de ...*, T.XII, FCU, Montevideo
- *Tratado de ...*, T. XIII, vol. 6, Ed. FCU, Montevideo, 2007.
- *Tratado de ...*, T. XIII, FCU, Montevideo, 1976.
- *Tratado de ...*, T. XIV, FCU, Montevideo.
- *Tratado de ...*, T. XV, FCU, Montevideo, 1973.
- *Tratado de....*, T. XVII, Ed. FCU, Montevideo,
- *Tratado de ...*, T. XVIII, 4ta. Ed. FCU, Montevideo, 2006.
- *Tratado de ...*, T. XXI, FCU, Montevideo,
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Comentario al art. 5 del RD 1066/2007, de 27 de julio”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, J. Y ZURITA SÁENZ DE NAVARRETE, J. (DIRS.), *La regulación de las OPAS. Comentario sistemático del RD 1066/2007, de 27 de julio*, Pamplona, 2009.
- “Cuestiones sobre el régimen de transparencia de los pactos parasociales en las sociedades cotizadas”, en *RMV*, No 7, 2010
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “La adquisición por la Sociedad de sus propias Acciones (La regulación de la autocartera en el Derecho español)”, disponible en Dialnet, Dialnet-LaAdquisicionPorLaSociedadDeSusPropiasAccionesLaRe-5110182%20.
- GARCÍA VALDECASAS BUTRÓN, J. A., “Resumen práctico sobre constancia en el Registro mercantil de los protocolos familiares según RD 171/2007, de 9 de febrero”, ap. 1.c), disponible en http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/resumenes/protocolos_familiares.htm,
- GARRIDO DE PALMA, V. M., “Autonomía de voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. II – *Sociedades mercantiles*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp.
- GARRIGUES, J. Y URÍA, R., *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, 3ra ed., Madrid, 1976.

- GARRIGUES, J., “Sindicato de Accionistas”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. IX,
- , “Teoría General de las Sociedades Mercantiles”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1974
- , *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, Madrid, 1968,
- , *Temas de derecho vivo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1978
- GASPERONI, N., “Convenzione di esonero dalle perdite e titoliazionari”, *Dir. Priv. Patrimoniale Comm*, 1940,
- GAVIDIA SANCHEZ, J. V.,
- *La Cesión de Créditos, sistema español de cesión de créditos: (formación, sistema traslativo y protección del deudor)*, Tirant lo Blanch, España, 1993.
- GAY MONTELLA, R., *Tratado Práctico de Sociedades Anónimas*, 3ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1962.
- GELMAN, M., KABBACH DE CASTRO, L. R. Y SEIDLER ABBACH DE CASTRO, V., “Efeitos da vinculação de Conselheiros ao acordo de acionistas no valor da firma”; en *Revista de Administração de Empresas FGV-EAESP*, vol. 55, Nº 3, mayo-junio 2015, San Pablo,
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., *Estructura y función del tipo negocial*, Ed. Bosch, Barcelona, 1979.
- GINER GARCÍA, D., en “Aproximación a la regulación del sistema de publicidad de los pactos parasociales en la Ley 26/2003”, en *Diario La Ley*, No 5902, 27 de noviembre de 2003
- GOMES DI LORENZO, W., *Teoria do Estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários*, Ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2010.
- GÓMEZ BLANES, P., *El principio de la accesoriedad de la fianza*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008.
- GONDRA ROMERO, J. M., “La Teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teórico económicos”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Ed. Civitas, Cizur Menor-Navarra, 2010, pp. 192-209.
- GOURLAY, P. G., *Le conseil d'administration de la société anonyme: organisation et fonctionnement*, París, 1971, pp.
- GREGORACI, B., “Resolución por retraso. A propósito de la STS de 25 de mayo de 2016 [348/2016] (Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleón Prieto)” en *ADC*, T. LXIX, 2016, fasc. III, p.1097-1132.
- GUASTINI, R., “Teoría e Dogmatica delle Fonti”, en *Tratado di Diritto Civile e Commerciale già diretto da Antonio Cicu – Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni*, t. I, vol. I, Ed. Giuffrè, Milán, 1998, pp. 288-289.
- GUBLIELMUCCI, L., “Lo smobilizzo delle partecipazioni nei patti parasociali delle finanziari e regionali private”, en *Rivista delle Società*, 1980.

- GUILARTE ZAPATERO, V., Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, Albadalejo García, M., (Dir.), T. XXIII, 2ª. ed., Edersa, Madrid, 1990.
- GUIMARÃES FIALHO D' ALMEIDA, R., *Os Acordos Parassociais. Reflexão Dogmática e Jurisprudencial*, Universidad de Coimbra, 2017, disponible en <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/87634/1/Os%20acordos%20parassociais.pdf>
- GULLÓN BALLESTEROS, A., “La Promesa de Hecho Ajeno”, en *Anuario de Derecho Civil – español* – V. 17, n. 1, año 1964, pp. 3-20.
- GUSTAVINO, E. P., *Pactos sobre herencias futuras*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1968.
- GUYON, Y., *Traité des contrats - Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5è éd., 2002, n° 200.
- GUZZINI, S., “El poder en Max Weber”, *Relaciones Internacionales*, N° 30, octubre 2015-enero 2016, Grupo de Estudios de Relaciones Internacionales (GERI) – UAM
- HABERMAS, J., *Aclaraciones a la ética del discurso*, Ed. Trotta, Madrid, 2000.
- HALPERIN, I. – OTAEGUI, J. C., *Sociedades Anónimas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.
- HALPERIN, I., *Manual de sociedades anónimas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1963.
- Sociedades Anónimas: examen crítico del Decreto-Ley 19.550*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974.
- HARGAIN, D., “Sindicación de Acciones”, ponencia del 14 de abril de 1994, *Asociación de Escribanos del Uruguay*, versión taquigráfica de María de los Ángeles Alcalde.
- “Sindicación de socios”, *Revista de la AEU*, vol. 80, N°, p. 267.
- HEDEMMAN, J. W., “Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones”, trad. José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez, en *Revista de Derecho Privado*, vol. III, Madrid, 1958.
- HENAO, L., “Los pactos parasociales”, *Revista de Derecho Privado*, N° 25, julio-diciembre 2013, Universidad del Externado, Colombia,
- HENRI, M. – BOUILLET-CORDONNIER, Gh., *Pactes d'actionnaires et privilèges Statutaires*, Ed. EFE, 2003.
- HEREDIA, P., “Las sociedades civiles frente a la ausencia de normas de derecho transitorio en la unificación del derecho privado”, *RCCyC* 2015 (octubre), 19/10/2015.
- HUAS CID, E., “Pactos parasociales: ¿pueden ser eficaces vía acción de impugnación de acuerdos sociales?”, en *El notario del siglo XXI: Rev. del Colegio Notarial de Madrid*,
- HOLZ, E., “Convenios de sindicación”, en *A.D.Com*, T. 5, Montevideo, 2001
- HUCK, H. M., “Pactos societarios leoninos”, *Revista dos Tribunais*, vol. 88, N° 760, San Pablo, feb. 1999

- INFANTE RUIZ, F. J. – DE MIGUEL HERNANDO, D., “Capítulo 6: Contratos de Garantía a primer requerimiento” en YZQUIERDO TOLSADA, M *Contratos Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones Tributarias*, Vol. 9., Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2014
- ITURRALDE SESMA, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- JALI, J. E., “Comentario a los art. 790-804”, en *Código civil y comercial de la Nación comentado*, CAMELO, G;PICASSO, S;HERRERA, M.-1aed.-Ciudad Autónoma de Buenos Aires :Infojus, 2015, pp.83-90.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, M., Algunas consideraciones acerca de la sindicación de acciones en la ley 16060 de sociedades comerciales, *A. D. Com.* T. 6 FCU Montevideo, 2002.
- JOSSERAND, “De l’esprit des droits et de leur relativité. Theorie dite l’abus des droits”, París, 1927.
- JUAN GÓMEZ, M. C., “Eficacia ad extra de los pactos parasociales. ¿Realidad o ficción?”, en *Diario La Ley*, N° 8578, Sección Doctrina, 8 de julio de 2015, Ref. D-273, Ed. LA LEY, p. 4-5, disponible, en <https://docplayer.es/52508666-Eficacia-ad-extra-de-los-pactos-parasociales-realidad-o-ficcion-mateo-c-juan-gomez-abogado-bufete-buades.html>;
- JORDANO FRAGA, F. *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1987.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI AIDA R., “Las garantías a primera demanda”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Garantías*, vol. 2, 1996, Rubnzal Culzoni, Bs. As.
- KIPER, C. M., LISOPRAWSKI, S.V., *Tratado del Fideicomiso*, 2d. Ed. Depalma, Bs. As, 2004.
- KONDER COMPARATO, F., “Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera”, em *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Ed. Forense, Rio, 1981.
- KONDER COMPARATO, F.; SALOMÃO FILHO, C. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. p. 228, disponible en: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/31185/mod_folder/content/0/F%C3%A1bio%20Konder%20Comparato%20e%20Calixto%20Salom%C3%A3o%20Filho%20-%20O%20Poder%20de%20Controle%20na%20Sociedade%20An%C3%B4nima%20-%20Proxy%20Machinery.pdf?forcedownload=1
- LAMBERT FAIVRE, Y., "La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización” en ALTERINI, A. A. – LÓPEZ CABANA, R. M., *Derecho de Daños*, Ed. La ley, Buenos Aires, 1992
- LAMY FILHO, A.- BULHÕES PEDREIRA, J.L., *A Lei das S.A.*, Rio de Janeiro, Renovar, 1992.
- LAMY REGO, A., “Direitos dos Acionistas”, en LAMY FILHO, A. Y PEDREIRA, J. L. B., *Direito das Companhias*, vol. I, 1ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2009.
- LANÇA SILVA, H., Os acordos parassociais no direito português, ESTIG – Instituto Politécnico de Beja, Beja, 2000, disponible en <http://www.verbojuridico.net/doutrina/comercial/acordoparassocial.html>.

- LAPIQUE, L. *Convenios de Accionistas*, FCU, Montevideo, 2021.
- Manual de Sociedades Anónimas*, Ed. FCU, Montevideo, 2012.
- LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones* – T. I. Madrid, 1958.
- LE CANNU, P., “Validation de la clause buy or sell, et durée des pactes d’actionnaires (nota a CA Paris, 3^e ch. B, 15 déc. 2006)”, en *RTDC*, N° 1/2007.
- LEITE, G. “Apontamentos sobre o nexo causal” disponible en <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/08/900ca64d-nexo-de-causalidade-na-rc-renata-k.pdf>.
- LEITE SANTOS, M., *Contratos parassociais e acordos de voto nas sociedades anónimas*, Ed. Cosmos, Lisboa, 1996.
- LEIVA FERNÁNDEZ, L., “La responsabilidad postcontractual” en TRIGO REPRESAS, F., *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales*. T. I, La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 1336-1342.
- LEÓN SANZ, F. J., “La reforma de la regulación de OPAs y el régimen de los pactos parasociales de las sociedades cotizadas”, en *Noticias Unión Europea*, N° 285, 2008,
- “Pactos parasociales sujetos a publicidad”, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. II (dir. por Rojo Fernández-Río y otros), 2011, pp.
- LEROY, C., “Le Pacte D’Actionnaires dans l’ Environnement Sociétaire”, *Tesis para el Doctorado*, Université de Paris - Est Créteil Val de Marne (Paris XII), defendida el 14 de junio de 2010
- LIMONGI FRANÇA, R., *Teoria e Prática da Cláusula Penal*, Editora Saraiva, São Paulo, 1988.
- LLAMAS POMBO, E., *Actualidad Civil*, N° 20, Sección “Carta al Lector”, Quincena del 16 al 30 nov. 2010, T. 2, La Ley.
- , *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Madrid, Ed. Trivium, 1999.
- “La tutela inhibitoria del daño la otra manifestación del Derecho de Daños”, en: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. II, Ed. Civitas, Madrid, 2003.
- LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, T. I, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
- LLOVERAS, N. B. – ORLANDI, O. – FARAÓN, F., “Comentario al art. 2380”, en Herrera, M. – Caramelo, G. – Picasso, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, op. cit.
- LOBO, J., *Sociedades Limitadas*, Vol. I, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- LOKOTILOVA, Y., “L’efficacité des pactes d’actionnaires”, disponible en <https://www.lettreseaux.com/P-1089-485-A1-l-efficacite-des-pactes-d-actionnaires.html>.

- LORENZETTI, R. “La Responsabilidad Civil”, En: *Rev. Critica de Derecho Privado*, nro. 1, Carlos Alvarez Ed. , 2004, p. 102
- Tratado de los Contratos. Parte General*, Buenos Aires, Santa Fe, 2004.
- , *Tratado de ...*, T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999
- Tratado de ...*, T. III, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Bs.As –Sta.Fe 2000.
- “Redes Contractuales: Conceptualización jurídica, relaciones internas·decolaboración, efectos frente a terceros”, en *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 16, 1999.
- DE LORENZO, F. M., “La protección extracontractual del contrato”, en *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho de Daños*, T. II, A. Mariño López (dir.), Montevideo, La Ley 2018.
- , *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- LUCA, N. DE, “Ancora sulle clausole statutarie di accodamento e trascinamento (Tag e Drag-along). Possono essere introdotte a maggioranza?”, en *Banca, borsa e tit. cred.*,I, 2013.
- , “Validità delle clausole di trascinamento (‘drag-along’)”, en *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009.
- LUIGI FERRI, *La autonomía privada*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- LUNA SERRANO, A. EN LACRUZ BERDEJO, J. L Y OTROS: *Elementos de Derecho Civil, T. I*, v. 3º, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1990.
- LUPION, R., “Interesse social da empresa uma perspectiva Luso-Brasileira”, en *RIDB*, Año 2, (2013), Nº 12, disponible en <http://www.idb-fdul.com/>
- LUZZATTI, C., *La vaghezza delle norme- Un’analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè Ed., Milán, 1990.
- MADARIAGA, J. R., *La sindicación de acciones*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.
- MADRILEJOS FERNÁNDEZ, J. M., “Los pactos parasociales”, *Anuales de la Academia Matritense del Notariado*, Nº 37, 1996
- “La inoponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Nº 53, junio de 2010
- MAIA ABRAÃO, E. L. “Acordos de acionistas típicos e atípicos” en: ULHOA COELHO, F..(Coord.).*Tratado de Direito Comercial*, Vol.4. Ed. Saraiva, San Pablo, 2015, pp.
- MALISHEV, M. “Kant: ética del imperativo categórico”, *Rev. La Colmena* 84, - diciembre 2014- p. 9, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2014, pp.
- MAMBRILLA RIVERA, V. Caracterización jurídica de los convenios de voto entre accionistas, *Rev. de Derecho Mercantil Español*,1.
- “Los pactos parasociales y la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas: análisis de su tratamiento en la ley 26/2003”, *RdS*, Nº 22, 2004
- MANFEROCE, T., “Commento all'art. 2341 bis Codice Civile”, en *La riforma del diritto societario. La società per azioni. Costituzione. Patti parasociali. Conferimenti*. Milano, 2003

MANOVIL, R. M., *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

MANTERO, E., “Admisibilidad de la transferencia de la propiedad con función de garantía”, en ADCU, T. XL, 2010, FCU, Montevideo.

MARIÑO LÓPEZ, A., *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado*, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo, 2009.

-, *Código Civil de la República Oriental del Uruguay- Comentado, Anotado y Concordado*, 2aed., Ed. LaLeyUruguay, Montevideo, 2017.

-. *El convenio de sindicación de acciones para el voto en la Junta General de Sociedad Anónima en el Derecho Español*, (inédito, disponible en Biblioteca Suprema Corte de Justicia Uruguay).

-, Estudios de Doctorado, disponibles en la Suprema Corte de Justicia de Uruguay.

-, *Los Fundamentos de la responsabilidad contractual*, C. Álvarez (Ed.), Montevideo, 2005.

-*Fundamentos de la responsabilidad contractual*, 2ª. edición, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2008

- “Principio de igualdad, ruptura del equilibrio contractual y revisión del contenido del contrato de adhesión no celebrado con consumidores. Un estudio en clave constitucional”, en M. AMORÍN PISA – L. B. PÉREZ GALLARDO (COORDS.), *El Derecho contractual en clave constitucional*, Ed. Olejnik, Madrid - Santiago de Chile, 2021.

-*Tratado Jurisprudencial y Doctrinario Derecho de Daños T. I*, Ed. La Ley, Montevideo, 2018, MARTÍNEZ NADAL, A, *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, 1ª. ed., José María Bosh Editor, Barcelona, 1997.

MARTÍNEZ OCHOA, S., “Teoría Relacional de los contratos: una visión alternativa del derecho de los contratos”, *Revista de Derecho Privado*, N° 35, diciembre, 2005, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia,

MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, Ed. Marcial Pons, 2017.

MARTINS COSTA, J.,

- *A boa-fé no Direito Privado*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999

- “Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro”, em *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagens a Tullio Ascarelli*, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, H. TAVEIRA Y P. CARBONE (COORDS.), Ed. QuartierLatin, San Pablo, 2008.

MARTORELL, E.E., *Tratado de los Contratos de Empresa*, T. III, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.

- MASCHERONI, F. – MUGUILLO, R., *Régimen jurídico del socio. Derechos y obligaciones en las sociedades comerciales*, colaborador Juan Carlos Couso, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996.
- MATTA Y TREJO, G., *Sociedades Comerciales – Los Administradores y los socios – Gobierno Corporativo*, Buenos Aires, 2004.
- “Un fallo trascendente sobre la validez de los sindicatos de accionistas de sociedades anónimas”, *La Ley Online Argentina*: AR/DOC/19082/2001.
- MEDINA, G., “Las relaciones de familia y patrimoniales de la persona. La empresa familiar”, en *Protección Jurídica de la Persona – Homenaje al Dr. Julio César Rivera*, Graziabile, D. J. (coord.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010,.
- MEJÍAS GÓMEZ, J., *Prenda de Acciones*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002.
- MENDES, E. H., “A garantia autônoma no direito brasileiro” en *BODIN, M. C. ; GUEDES, G.; MEIRELES, R. M. (COORDS.). Direito das Garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MENÉNDEZ, A., “Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la Sociedad Anónima”, en AA.VV., *Estudios en homenaje a Rodrigo Uria*,
- MENEZES CORDEIRO, A., “Acordos parassociais”, en *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2001, nro. II, p. 533 - p. 539
- , *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005.-*Manual de direito das sociedades*, II vol., 2ª ed., Ed. Almedina, Coimbra, 2007, nº 221.
- MENGONI, L., “Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea delle società per azioni”, *Rev. delle Società*, 1956
- “Spunti per una teoria delle clausole generali”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno IV, Nº 1, 1986
- MERLINSKY, R., *Manual de Sociedades Comerciales*, Montevideo, 2006.
- MERLO, A., “Divieto dei patti successorie dattualità degli interessi tutelati Profili civilistici del Patto di famiglia”, p. 3, disponible en <https://elibrary.fondazione-notariato.it>
- MESSINEO, F., “Il contratto in genere”, en Cicu, A. – Messineo, F., *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXI,
- MEZZERA ÁLVAREZ, R., *Curso de Derecho Comercial*, T. II, vol. I, Alcalí editores, Montevideo. 1975.
- MEZZERA ÁLVAREZ, R., *Curso de Derecho Comercial*, T. III Montevideo, 1977.
- MILLER, A., “La transferencia de derechos accionarios”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 26, Montevideo, 2014, pp. 110-113.
- MILLER, A., *Sociedades Anónimas – Sindicación de Acciones*, Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 2009.
- MINERVINI, G., “Partecipazioni a scopo di finanziamento e patto leonino”, in *Contr. e imp.*, 1988,

MINERVINI, V., “Sulla tutela dell’interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio”, en *Riv. Dir. Civ.*, I, 1956,

MIRANDA, E. A., *Execução Específica dos Acordos de Acionistas*, Ed. Juarez de Oliveira, San Pablo, 2000.

MOLINA SANDOVAL, C. A., *Sindicación de Acciones*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2003.

-*Tratado de las Asambleas*, 1ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

MOLLA, R., “Análisis comparativo de cesión de crédito, cesión de contrato, delegación y novación”, *Revista de la AEU*, Vol. 80, N° 1, 1994, pp.13-19.

-“Compraventa con fines de garantía”, en *ADCU*, t. XXVIII, FCU, 1997,

- “El fideicomiso de garantía y el sistema general de garantías”, en *ADCU*, T. XXXIV,FCU, 2003,

MONSALLIER, M.-CH., “L’aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme”, *LGDJ*, N° 82 1998.

MORAIS ANTUNEZ, J. T., *Do contrato de depósito Escrow*, Ed. Coimbra: Almedina, Lisboa, 2007.

MORALES BARCELÓ, J., “Pactos parasociales vs Estatutos sociales: eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción.” *RdS* n.42, 2014, p. 169-193

MORALES MORENO,A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor-Navarra, Ed. Thomson-Civitas, 2006.

-“Evolución del concepto de obligación en derecho español”, en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor- Navarra, Ed. Thomson-Civitas, 2006. p. 17- 54.

- “Prestación de cumplimiento y prestación indemnizatoria”, *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. 1, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2006, p. 525-556

MORENO SERRANO, E,

- “La incidencia del crowdfunding inmobiliario en el desarrollo de las formas alternativas de financiación colectiva”, disponible en <https://www.incari.org/upload/Anuario2017>

MORENO UTRILLA, D., “Los sindicatos de bloqueo en las sociedades anónimas”, Tesis bajo la dirección de los Drs. D. Guillermo Jesús Jiménez Sánchez y D. Pedro Jesús Baena Baena, para la colación del grado de Doctor, Sevilla 2012, disponible en https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/73701/Tesis_Moreno%20Utrilla%2C%20David.pdf?sequence=1&isAllowed

MORGENSTERN KUGLER, H. *Os acordos de sócios nas sociedades limitadas*, Ed. QuartierLatin, San Pablo, 2014.

- MORIN, E., *O Método VI: ética*, 2ª ed., tradução de Juremir Machado da Silva, Ed. Sulina, Porto Alegre, 2005.
- MOSSA, L., Los sindicatos de accionistas (traducción de J. Navas), *Revista de Derecho Privado*, vol. XXXII, N° 379, 1948.
- MOURY, J., “Remarques sur la qualification, quant à leur durée, des pactes d’associés, commentaire sous Cour d’appel de Paris 15 décembre 2006”, *Recueil Dalloz-Sirey*, N° 10, 2007.
- MUCCIARELLI, F. M., “L’azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di società quotate”, en *Giurisprudenza Commerciale*, I. 2000
- MUGUILLO, R., *Ley de Sociedades Comerciales*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- MUÑOZ PÉREZ, A. F., *El concierto como supuesto de la OPA obligatoria*, Monografía Asociada a la *Rev. del Mercado de Valores*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2007.
- NADER, P., *Curso De Direito Civil*, T.II, Ed. Forense, Rio De Janeiro, 2006
- NETTO LOBO, P., *Direito civil: parte geral*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2009.
- NIGRO, G. L., *Sub art. 2265 cod. civ.*, in AA. VV., *Commentario del codice civile, Delle società dell’azienda della concorrenza*, E. Gabrielli (dir.), edición a cargo de D.U. Santosuosso, 2015
- NIOAC PRADO, R.; FRANCO DONAGGIO, R. “Sociedade Limitada versus Sociedade por Ações: algumas características atualmente determinantes na estratégia societária de se optar por um dos tipos. Acordo de Acionistas e de cotistas: cláusulas relevantes”; EM NIOAC PRADO, R.; MONTEIRO PEIXOTO, D.; DINIZ DE SANTI, E. (COORD.). *Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório*. 2ed., Ed.Saraiva, San Pablo, 2013.
- NISSEN, R., *Curso de Derecho Societario*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.
- Ponencia en *Negocios Societarios*, libro homenaje a Max Mauricio Sandler, Ed. Ad-Hoc, 1998.
- NORTH, D., “Cooperación: el problema teórico”, en *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Ed. FCE, México, 1993.
- NOVAL PATO, J. Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad, Civitas, Madrid, 2012
- NÚÑEZ ZORRILLA, M. DEL C. *La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.
- OKS, R. J., “Aceptación y reglamentación de los pactos de sindicación de acciones”, ponencia presentada a las *Jornadas Internacionales de Derecho Comercial, II Encuentro argentino-uruguayo de institutos de Derecho Comercial*, Colonia, 1º al 3 de mayo de 1997.
- OLIVERA GARCÍA, R. *Código de Comercio Anotado y Concordado* con la colaboración de Beatriz Bugallo, FCU, Montevideo, 1995.
- “El derecho de receso cinco lustros después”, en *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año 2, N° 3 2003, pp. 55-57
- , “Modificaciones de la ley de urgencia en materia Societaria, *A. D. Com*, 2001

- “Restricciones Estatutarias a la transferencia de acciones”, en *A. D. Com.*, II, Montevideo, 1997, pp.
- trabajo preparado por el autor para la *Rivista di Diritto Commerciale e Diritto Generale delle Oblighazioni*, Universidad de Montevideo, Programa Máster en Derecho de la Empresa
- OPPO, G., *Contratti Parasociali*, Ed. F. Vallardi, Milán, 1942.
- OPPO, G., “Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società”, in *Riv. Di Diritto Civile*, nro. 6 , año 1987.
- PACHECO DO AMARAL, J.P., “Acordo de quotistas”: validade, eficácia e execução específica (de acordo com onovoCódigodeProcessoCivil)” *Rev. de la Fac. deDerecho de la Universidad,SãoJudasTadeu*, número 4, segundo semestre de 2017, pp..
- PAES BARROS LEAES, L., “Resolução de acordo de acionistas por quebra de affectio societatis”, *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos– homenagem al Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e NovaesFrança*, *LiberAmicorum*, Ed. Malheiros, San Pablo, 2011, pp.
- “Pactos parassociais, Natureza jurídica, Execução específica, Opção de recompra de participação acionária e inexistência de infringência dos arts. 288 do Código Comercial e 1372 do CC por não configurar pacto leonino”, em *Revista dos Tribunais*, t. 601, San Pablo, Año 1985, pp. 41-49
- PAILLUSSEAU, J. *LA société anonyme: technique d'organisation de l'entreprise* PARIS, 1967.
- PALMERO (h), j. c., “Los pactos parasociales y la personificación de la sociedad anónima”, *Tesi di perfezionamento* (Relatore: Chiar.mo Prof. Antonio Piras), Seminario per le scienze giuridiche e politiche, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Pisa, 1990-1991, pp.
- PALOMBA, C., *Opzione put e patto parasociale leonino: profili ermeneutici*, in *Soc.*, 2015, 11, 1009
- PANTALEÓN PRIETO, F., “Asociación y Sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)”, en *ADCE*, 1993.
- “Cesión de Créditos”, en *Anuario de Derecho Civil Español*, Vol. 41, Nº 4, 1988, pp. 1033-1132
- , “El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)”, *Anuario del Derecho Civil Español*, t. XLIV, Fascículo III, julio-setiembre de 1991
- “El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)”, *Anuario de Derecho Civil español*, 1991, 3, TXLIV
- “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, 1993, 4, XLVI.

- PASQUALINI, F., “D. Velardocchio-Flores, Les accords extra-statutaires entre associés”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46 N° 4, octubre-diciembre 1994,
- PATTI, A., “Il danno e la sua quantificazione nell’azione di responsabilità contro gli amministratori”, en *Giurisprudenza commerciale*, I, 2000
- PAULEAU, C., *El régimen jurídico de las “jointventure”*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2003.
- PAZ-ARES, C – PERDICES HUETO, A., “Adquisición originaria de acciones propias”, en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N° 6, 2002, pp. 191-246.
- PAZ-ARES, C., “Ánimo de lucro y concepto de sociedad”, en *Derecho Mercantil de la CEE, Estudios en Homenaje a José Girón Tema*, Madrid, 1991
- “Comentario a los arts. 1.665-1. 708 CC”, en C. PAZ-ARES, C. DÍEZ PICAZO, L. BERCOVITZ, R. SALVADOR, P. (Dirs.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, Madrid, Ed. Del Ministerio de Justicia, 1991,
- “¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades?”, en PAZ-ARES, C. (coord.), *Tratado de la Sociedad Limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997.
- “El Enforcement de los pactos parasociales”, *Actualidad Jurídica*, N° 5, Estudio Uría & Menéndez, Madrid, 2003, pp.
- “Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el Consejo”, disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/780_es.pdf,
- “La cuestión de la validez de los pactos parasociales”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Madrid 2011, disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3216/documento/art32.pdf>.
- “La denuncia ad nutum de los contratos de duración indeterminada: entre el Derecho dispositivo y el Derecho imperativo (Reflexiones a propósito de Joint Ventures y Pactos Parasociales)”, en GARCÍA DE ENTERRÍA (coord.), *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2014
- “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, en URÍA, r. y a. MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Civitas, Madrid, 1999.
- PEDRAJAS, M., “La transformación ética de la racionalidad económica en Amartya Sen. Una recuperación de Adam Smith”, en *Quaderns de filosofia i ciència*, N° 36, 2006, pp. 105-117, disponible en https://www.uv.es/sfpv/quadern_textos/v36p105-117.pdf.
- PEDREIRA, J. L. B., “Acordo de acionistas sobre controle de grupos de sociedades. Validade da estipulação de que os membros do conselho de administração de controladas devem votar em bloco segundo orientação definida pelo grupo controlador”, en *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, 5(15), 2002, pp. 226-248
- PEDROL RIUS, A., *La anónima actual y la sindicación de acciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1969, pp. 13-15.
- “La sindicación de acciones”, *Revista de Derecho Privado*, vol. XXXIV, N° 408, 1950

- PEIRANO FACIO, J., *Curso de Obligaciones*, T. I, Montevideo.
- PEIRANO FACIO, J., *Curso de Obligaciones*, T. III, CED, Montevideo, 1953
- PENNACA, C. M., *El derecho de recesso*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978
- PERALES VISCASILLAS, MA. P., *Arbitrabilidad y convenio arbitral: Ley 60/2003 de arbitraje y Derecho societario*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- PERALTA MARISCAL, L., “¿Fideicomiso de Garantía? ¡Neuralgias y cefaleas garantizadas!” *Rev. La Ley*, Buenos Aires, 2000.
- PERDICES HUETOS, A.B., “‘Llévame contigo’ (Las cláusulas estatutarias de venta conjunta de acciones y participaciones)”, disponible en <http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/aph-%20lleveame.pdf>
- PÉREZ FONTANA, S. “Obligaciones y Contratos Comerciales” en *Revista Sociedades Anónimas*, T. XI
- PÉREZ GARCÍA, M. J., *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005, p. 350-449
- PÉREZ MILLÁN, D., “Pactos parasociales, actuación en concierto y OPA obligatoria”, en JUSTE MENCIA, J. Y RECALDE CASTELLS, A. (coords.), *Derecho de OPAS estudio sistemático del régimen de las ofertas públicas de adquisición en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, 2010.
- “Sobre los pactos parasociales. Comentario a la STS de 19 de diciembre de 2007 (RJ 2007/9043)”, en *RdS*, N° 31, 2008.
- PÉREZ MORIONES, A., “La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios”, *Rev. de la Univ. de Deusto*, vol. 61, N° 2, 2013, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4555973>
- PÉREZ MORIONES, A., “Los sindicatos de voto para la junta general de la Sociedad Anónima”, Valencia, 1996.
- PÉREZ RAMOS, A., “La autonomía de la voluntad en las sociedades de capital”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, N° Extra 1, 1, 2015 (ejemplar dedicado a Las sociedades de capital: cuestiones teóricas y prácticas), T. I.
- PÉREZ RAMOS, C., “Problemas que plantean los pactos parasociales”, publicado en *Actum Mercantil & Contable*, N° 20, julio-septiembre 2012, disponible en <https://blog.efl.es/articulo-doctrinal/problemas-que-plantean-los-pactos-parasociales/>
- “Significativo aumento de los pactos parasociales”, en *El Notario del Siglo XXI*, setiembre/octubre de 2012, disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-45/329-significativo-aumento-de-los-pactos-parasociales-0-014867352335590266>.
- PIAZZA, G., “La causa mista credito-società”, en *Contratti e Impresse*, 1987.

- PIAZZA, N., “Patto leonino”, en *Enciclopedia Diritto*, Milan, 1982, XXXII.
- PICASSO, S., “El incumplimiento de las obligaciones contractuales. El problema de la ausencia de culpa y de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Obligaciones de Medios y de Resultados”, en O. J. AMEAL - D. GESUALDI, *Derecho Privado Homenaje al Prof. Dr. Alberto J. Bueres*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- PINAGLIA-VILLANLÓN Y GAVIRIA, J.I., “Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del Código civil español” en *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIX, 2016, fasc. III, p.942-947.
- PIZARRO, R.D., “El concepto de daño en el Código Civil y Comercial”, *Rev. de Responsabilidad Civil y Seguros*, mensual, año 19, nro. 10, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 13-29.
- PIZARRO WILSON, C.. “Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato”. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 21(1), 203-219 disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532014000100006>.
- “La responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía”, en *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, PIZARRO, C.- VIDAL, A. Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 299-308
- PLANAS ROSSELLÓ, A., “La recepción del ius commune en el Reino de Mallorca”, en *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, N° 13, 2016, Institute for Social, Political and Legal Studies (Valencia, Spain), Honorary Chief Editor Antonio Pérez Martín, University of Murcia, Chief Editor Aniceto Masferrer, University of Valencia, disponible en <http://www.glossae.eu/wp-content/uploads/2016/11/Planas-Ius-commune-Mallorca.pdf>
- PLANIOL, M. con la colaboración de RIPERT, G. *Traité Élémentaire de Droit Civil* T. II Lib. Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1926.
- POIDOMANI, I. L., “A Simulação através de Sociedades Empresárias e o âmbito de atuação pela autonomia privada no Direito Empresarial”, disponible en <https://repositorio.ufba.br>
- POPPER, K., *La Lógica de la Investigación Científica*, 5ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1980.
- PORTALE, G., “Patti parasociali con ‘efficacia corporativa’ nelle società di capitali”, *Riv. delle Società*, vol. 1, 2015, 1 s.
- POZIOMEK, R.- ALFARO, J. *Régimen jurídico de Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS)*, Segunda Edición, Editorial Amalio M Fernández, Montevideo, Junio 2020.
- POZZI KRETZMANN, R. “Nexo de causalidade na responsabilidade civil: conceito e teorias explicativas” disponible en <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/08/900ca64d-nexo-de-causalidade-na-rc-renata-k.pdf>.
- PRADOS RAMOS, L., “La retribución de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, disponible en <http://notarialuisprados.com/la-retribucion-de-los-administradores-de-las-sociedades-de-capital/>.

- QUATRARO, B. – PICONE, L., *La Responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società*, Giuffrè Ed., Milán, 1998.
- RÁO, V., *Ato jurídico*, 3a ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 1961.
- RAPISARDA, C. *Profili della tutela civile inhibitoria*, Padova : Cedam, 1987.
- RAPPAZZO, A., *I contratti collegati*, Giuffrè Editore, Milán, 1998.
- RAZ, J., *La autoridad del Derecho. Ensayo sobre Derecho y Moral*, traducción de Rolando Tamayo, UNAM, México, 1982.
- RECALDE CASTELLS, A. –DIOS MARTÍNEZ, L.M.DE, “Los pactos parasociales en la Ley de Transparencia: una cuestión polémica”, en *La Ley*, No 5929, enero de 2004, pp.
- RECALDE CASTELLS, A., “Interpretación restrictiva de la ‘actuación en concierto’ en la jurisprudencia alemana”, en *RDBB*, N° 106, 2007.
- REGLERO CAMPOS, L., “El pacto comisorio”, en *Revista Aranzadi Civil*, Nro. 1, 2007, Thomson-Aranzadi, 2007.
- RESCIO, G. A., “La distinzione del sociale del parasociale (sulle c. d. clausole statutarie parasociali)”, *Rivista delle Società*, marzo-giugno, 1991, fascicolo 2.º-3.º
- REZZÓNICO, L.M., *Estudio de las Obligaciones*, 7a ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1956
- RICARDINO FILHO, A.A., DE IUDÍCIBUS, S. - A primeira lei das sociedades anônimas no Brasil: lei nº 1.083 - 22 de agosto de 1860 disponible en <https://www.scielo.br>
- RICHARD, ESCUTI (H) Y ROMERO, *Manual de Derecho Societario*, Astrea, Bs. As. 1983
- RIPPE, S., *Sociedades Comerciales. Ley 16.060*, 8ª ed. ampliada y actualizada, Montevideo, Ed. FCU, 1999.
- RIVA, J. L- ALVAREZ AGUDO, G., *Garantías Modernas*, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2007.
- RIVAS ANSALAS, M., “Algunas cuestiones vinculadas a las prestaciones accesorias en las Sociedades Anónimas” en *Libro de Ponencias del XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Mendoza, 2016.
- RIVERA, J. C., *Instituciones de Derecho Civil - Parte general*, T. I, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.ROCHA, E. A., *Acordo de Quotistas nas Sociedades Limitadas.*: Arraes Editores, Belo Horizonte, 2011.
- RODAS PAREDES, P., *La Separación del Socio en las Sociedades de Capital*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T., “El crowdfunding: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos”, en *Revista Pensar en Derecho*, N°3, p. 123, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/3/el->

crowdfunding-una-forma-de-financiacion-colectiva-colaborativa-y-participativa-de-proyectos.pdf

RODRIGUEZ DIAZ, I., “El protocolo familiar y su publicidad: de las iniciativas comunitaria y española al Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares”, en *Rev. Derecho Mercantil*, No266, año 2007.

RODRIGUEZ MARTINEZ, J., “Presupuestos y efectos de la inscripción y de la publicación. Los pactos reservados”, *Derecho de sociedades anónimas (homenaje al profesor José Girón Tena)*, Universidad de Albacete, Civitas, 1991.

RODRIGUEZ OLIVERA N, LOPEZ RODRIGUEZ, C., *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, Vol. 4 T. 3, Montevideo, 2007.

RODRÍGUEZ PENTEADO, M., *Aumentos de capital nas sociedades anônimas*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1988.

RODRÍGUEZ RUSO, J. “Contrato y responsabilidad civil. A propósito de la responsabilidad postcontractual y su disciplina jurídica.” *ADCU*, t. XLV, 2015, p. 929-945.

ROJO ALVAREZ-MANZANEDA, C., “La tutela jurídica otorgada al inversor en las sociedades cotizadas”, en PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L. (DIR.), PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F. J. (COORD.), *Derecho Privado, Responsabilidad y Consumo*, Ed. Aranzadi, 2018.

ROLON, AVELINO (h.), *Pactos sobre herencia futura permitidos en el Código Civil y Comercial*, p. 6, disponible en <https://es.scribd.com/document/458053766/DOCTRINA-Pactos-sobre-herencia-futura-en-el-CCC-ROLON-2>

ROMISIER, M. G. C. DE, *El interés social en la sociedad anónima*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1979.

RORDORF, R. “Azioni e quote di società postergate nella partecipazione alle perdite”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1995,

ROSSANO, L., “La natura e la validità della clausola di drag along”, en *Riv. Diritto. Commerciale*, 2010,

ROSSI, H. E., “Oponibilidad y cumplimiento de los Convenios de Sindicación de acciones”, en *Negocios parasocietarios*, director Eduardo M. Favier Dubois (h), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994.

ROVIRA, A. *Pactos de Socios*, Ed. Astrea, Bs. As., 2006.

RUBINO, D., *La fatti specie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.

RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 3ª ed., Ed. Derecho Financiero, Madrid, 1974.

SABOGAL BERNAL, L. F., “El deber de lealtad y los conflictos de intereses de los administradores de sociedades”, *Tesis*, Universidad Complutense de Madrid

SABORIDO SÁNCHEZ, P., “La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato. La situación de la causa a través de la perspectiva europea y desde

los proyectos de reforma francés y español”, en *InDret*1/2013, disponible en <http://www.indret.com/pdf/953.pdf>, p.23.

SACCO R. Y DI NOVA. G, *Tratatto di Diritto Civile*, T. I – *Il Contrato*, Ed. UTET, 2004.

SÁEZ LACAVE, MA.I– BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad. A vueltas con los pactos de tag- y de drag-along”, Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid, *InDret* 1/2007, disponible en indret.com.

SAEZ LACAVE, MA. I., “Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces”, *InDret*,3/2009.

SALLES DE TOLEDO, P. F. “Modificações introduzidas na Lei das Sociedades por Ações, quanto à disciplina da administração das companhias”, en LOBO, J. (dir.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*, Ed, Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 430-452

SALOMÃO, C. (H), *O novo direito societário*, 3ª ed., Ed. Malheiros, San Pablo, 2006.

SAMPAIO DA CRUZ, G., *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Renovar, Rio de Janeiro, 2005

SANCHEZ CALERO, F. Y SANCHEZ-CALERO GUILLARTE, J., *Instituciones de Derecho mercantil*. vol. I, Cizur-Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011,

SANCHEZ CALERO, F., *La Junta General en las sociedades de capital*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.

-, *Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2009.

SANCHEZ CALERO, J., “La armonización disgregante: La Directiva de OPAS y el Principio de neutralización de medidas defensivas”, en *Documentos de Trabajo de Derecho Mercantil*, Universidad Complutense, año 2006/3 mayo 2006, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/188610>.

SANCHEZ FONTANS, J.,

- Irrevocabilidad del Poder, en *Rev Fac. Derecho Jornadas de Derecho Comparado*, Montevideo, 1955

- La Naturaleza de la Opción, reimpresión en *Rev. La Justicia Uruguay* 75 aniversario, 2015, Montevideo, pp. 79-90.

SANCHEZ-CALERO GULARTE, J., “Sobre los principios configuradores de la sociedad anónima”, disponible en <http://jsanchezcalero.blogspot.com/2011/06>

SANTAGATA, R., “Dai patti di retrocessione a prezzo garantito alle azioni ‘redimibili’ (una rilettura del divieto del patto leonino nella S.p.A. riformata)”, en *Società, banche e crisi d’impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, T. 1, M. CAMPOBASSO, V. CARIELLO, V. DI CATALDO, F. GUERRERA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (DIRS.), Milán, 2014.

- SANTAMARIA, F. J., “A propósito de la noción de los sindicatos de accionistas”, en *Estudios en Homenaje a Jorge Barrera Graf*, T. II, UNAM, México, disponible en www.bibliojuridica.org
- SANTONI, G., *Patti parasociali*, Ed. Jovene, Napoli, 1985.
- SANTONI, V. I., “Patti parasociali nella nuova disciplina delle società quotate”, en *Riv. Dir. Priv.*, 1999.
- SANTOS, A.J., *Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos*, Ed. Método, São Paulo, 2002.
- SAPENA, TOMAS J., “El sindicato de accionistas en nuestro derecho vigente”, *Rev. Derecho Notarial*, IV (XIII-XIV), julio-diciembre de 1956.
- SASOT, M. P. Y SASOT BETES, M. A., *Sociedades Anónimas – Acciones, bonos, debentures y obligaciones negociables*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1985
- SBISA, G., “Circolazione delle azioni e patto leonino”, en *Contratti e Imprese*, 1987.
- SCHILLER, S., *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés: les connexions radicales*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2002, Paris.
- SCHWARTZ, P., MARTIN, V., “La ética del amor propio en Spinoza, en Mandeville y en Adam Smith”, *Rev. de la Información Comercial Española*, N° 691, 1991.
- SCONAMIGLIO, D., “Fatto giuridico e fatti specie complessa”, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1954.
- SCOTTI GALLETA, A., “Negozzi collegati e negozio di collegamento”, en *Diritto e Giurisprudenza*, nov-dic. 1968, No 6.
- SERRANO ACITORES, A., “Los pactos parasociales en el contexto del equity crowdfunding”, *Crowdfunding: Aspectos Legales*, CAZORLA GONZÁLEZ SERRANO, L. .MORENO SERRANO, E, Coord, 2016
- SMITH, A, *La teoría de los sentimientos morales*, disponible en <http://pdfhumanidades.com>
- Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*, Libro IV, Capítulo II, Ed. FCE, 1990.
- SOUZA BARROS CARVALHOSA, M., *Comentários à Lei de Sociedades Anónimas*, vol. 2, Saraiva, San Pablo, 2011.
- STIGLITZ, R. S., “El principio de buena fe”, *Derecho Privado. Alberto J. Bueres libro homenaje*, OSCAR J. ÁMEAL (DIR.), DORA MARIANA GESUALDI (COORD.), HAMMURABI, Buenos Aires setiembre 2001.
- STOLZE, P., PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso De Direito Civil - Responsabilidade Civil - Vol. 3 - 17ª Ed.* Saraiva, 2019.
- SZAFIR, D. – VENTURINI, B., “La Jurisprudencia ¿acepta el Principio “El fraude todo lo corrompe?””, en *ADCU*, T. XIX, FCU, Montevideo, 1989
- SZMUCH, M.G., “Comentario a los art. 2219-2237”, en *Código civil y comercial de la Nación comentado*, V. 5. CAMELO, G; PICASSO, S; HERRERA, M..-1aed.- Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

TAPIA HERMIDA, A., “Comentario al art. 7 LSA”, en AA.VV., SÁNCHEZ CALERO, F. (DIR.), *Comentarios a la ley de Sociedades Anónimas*, t. I, Ed. Edersa, Madrid, 1997.

TAPIES LLORET, J., *De empresa familiar a familia empresarial*, Ediciones Deusto, disponible en www.e-deusto.com/buscadorempresarial (código 8442).

TEPEDINO, G., - PEÇANHA, D., “Con tornos das garantias autônomas no direito brasileiro.” en *Revista Brasileira de Direito Civil* –, abr./jun. 2021v. 28, Belo Horizonte, disponible en <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br> ›

TOLEDO, P. F. C. S., “Modificações introduzidas na Lei das Sociedades por Ações, quanto à disciplina da administração das companhias”, en J. LOBO (COORD.), *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*, 2ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002.

TORINO, R., *I contratti parasociali*, Giuffrè Ed., Milano, 2000.

TORINO, R., *I contratti parasociali*, Giuffrè Ed., Milano, 2001

TRIGO, M.ª G., *Os acordos parassociais sobre o exercício do direito de voto*, 2ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011.

TRINGALI, F., “La Causa del Contratto nel Codice Civile: Colonna Portante o Fragile Muro D’Appoggio? (redattore Angela Cuofano), *Civile – Contratti*, estratto dal n. 10/2018 - ISSN 2532-9871.

TRIOLO, I. L, “Cumplimiento y oponibilidad de los denominados ‘pactos de socios’. Propuestas para una futura reforma de la ley de sociedades”, en *Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, enero-junio 2008, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires.

ULHOA COELHO, F. (Coord.). *Tratado de Direito Comercial*, Vol.4, Ed. Saraiva, San Pablo, 2015.

ULLOA LAPETRA, G. DE, “El Pacto de socios y las startups”, en *Acuerdos y Pactos Parasociales una visión práctica de su contenido*, Cazorla González-Serrano, L., coord., Aranzadi, Pamplona, 2018.

URIA, R., Prólogo a PEDROL RIUS, A., *La anónima actual y la sindicación de acciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1969, pp. 13-15.

VALMAÑA CABANES, A., “El régimen jurídico del protocolo familiar”, *Tesis Doctoral*, Universitat Rovira – Virgili, Tarragona, 2013, disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/292369/TESI.pdf>

-*El régimen jurídico del protocolo familiar*, Ed. Comares, Albolote (Granada), 2014.

VAQUERIZO, A., “Comentarios a los arts. 28 y 29 de la Ley de Sociedades de Capital”, , en ROJO, Á. – BELTRÁN, E. (coords.), *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2011

- VARGAS BALAGUER, H. G., “Empresa familiar y Pacto sucesorio”, en *Revista Estudios de Derecho Empresario*, vol. 11, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, p. 140
- VASQUEZ PALMA, MA. F., *Sociedades –Comerciantes, empresas, grupos de empresas, joint venture, y otros sujetos del derecho comercial–*, 3ª ed. actualizada con Jurisp., Ed. Thompson Reuters, Santiago de Chile, 2019.
- *Tratado de Arbitraje en Chile*, Thomson Reuters, Santiago, 2018, pp. 50-55.
- VAZ FERREIRA, E., *Tratado de las Sucesiones*, t. VII, Ed. FCU, Montevideo, 1992.
- VAZQUEZ CUETO, J.C *Régimen jurídico de la autocartera*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- VÁZQUEZ LEPINETTE, T., “Algunas notas sobre los pactos de desinversión en las sociedades familiares”, en Garrido Melero, M. y FugardoEstivill, M. (coords.); Vicent Chuliá (coordinador sectorial), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. V, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.
- , *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, 2007,
- VELARDOCCHIO-FLORES, D., *Les accords extra-statutaires entre associés* Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993.
- VELASCO ALONSO, A., *La Ley de Sociedades Anónimas*, 5ª ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982.
- VENDITTI, A, voz “Contratto per conto di chi spetta”, en *Enc. GiuridicaTreccani*, IX, 1998.
- *Le clausule di drag along e di Tag Along* *tral’ordinamentoanglosassone e l’ordinamento italiano* n. 266, disponible en <https://tesi.luiss.it>
- VERÇOSA, H.M.D., *Curso de Direito Comercial*, Vol. 2, Ed. Malheiros, San Pablo, 2006,
- VERDERA SERVER, R. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995, p. 95-115.
- VICENT CHULIA, F., “Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto”, *Revista General de Derecho Español*, 1991
- “Organización jurídica de la sociedad familiar”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002.
- VIERA GONZALEZ, J.A., “Algunas reflexiones sobre el proyecto de Real Decreto regulador de la publicidad de los protocolos familiares y la empresa familiar”, en *RDS*, Nº 26 (1- 2006),
- “Empresa y protocolo familiar, ¿un problema de política legislativa?”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal – Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, vol. 3, Marcial Pons, Madrid, 2007
- VIEIRA VON ADAMEK, M., *Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias)*, disponible en <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/>
- VITOLO, D. R., “La Ley de Sociedades Comerciales reformada por la ley que sancionó el Código Civil y Comercial”, en *LA LEY*, 27/10/2014, La Ley 2014-F,

- “La regulación de las empresas conformadas como sociedades cerradas y de familia: el desafío legislativo”, en FAVIER DUBOIS, E. (H.) (DIR.), *La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010,
- VIVANTE, E. *Tratato de Diritto commerciale*, disponible en castellano en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1105-tratado-de-derecho-mercantil-t-ii>.
- VON IHERING, R., *A evolução do direito*, 2ª ed., Livraria Progresso, Salvador, 1956.
- A luta pelo direito*, 6ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987.
- WALD, A., “A evolução do regime legal do conselho de administração, os acordos de acionistas e os impedimentos dos conselheiros decorrentes de conflitos de interesse”, en *RDB-Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 4(11), 2001, WEGMANN STOCKEBRAND, A.
- “Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisario y el pacto marciano” en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 13 diciembre 2009, pp. 95-98, disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722009000200002>.
- WEILLER, A., “Oggetto e validità dei sindacati di amministrazione”, *Rev. Bancaria*, 1926,
- YANES YANES, P., “Los pactos parasociales no comunicados”, en *Diario La Ley*, España, No 753, Sección “Doctrina”, 20 de diciembre de 2010.
- ZALDIVAR, E., “Los sindicatos de acciones”, *La Ley*, N° 92, 1959.
- Cuadernos de Derecho Societario*, T. 2, Buenos Aires, 1973.
- ZAMEFELD, V., “Algunos aspectos del pacto de sindicación de acciones”, en *La información*, XLVII, jun. 1983
- Oponibilidad y contrato de sindicación de acciones*, homenaje al profesor Efraín Hugo Richard, disponible en <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/sindicac.pdf>,
- ZAVALA DE GONZALEZ, M., *Resarcimiento de daños*, IV, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- ZURITA SAENZ DE NAVARRETE, J., ENTRE OTROS, “Oferta Pública de Adquisición cuando se alcanza el control”, en GARCÍA DE ENTERRÍA Y ZURITA SÁENZ DE NAVARRETE, J. (DIR.), *La regulación de las OPAS. Comentario sistemático del RD 1066/2007, de 27 de julio*, Pamplona, 2009.

AGRADECIMIENTOS:

À Profa. Mariana Ribeiro Santiago baiana de nascimento e paulista de adoção, que com seu rigor científico e amizade me incentivou a concluir este trabalho.

Al Prof. Jorge Feliu Rey, asiduo visitante de Uruguay, que tuvo la gentileza en una de sus estancias de obsequiarme su clásica obra *Los pactos parasociales en las Sociedades de Capital no cotizadas*, invaluable referencia y guía para acercarme a la dogmática española en la materia.

Al Prof. Leonardo Pérez Gallardo jurista latinoamericano que trasciende circunstancias y tiempo; hombre “*en el buen sentido de la palabra bueno*”.

A la Prof. María Fernanda Vásquez Palma, por su generosidad intelectual al haberme obsequiado sus destacadas obras referidas en las notas al pie de la presente.

A la abogada Ximena Gámbaro por su colaboración para reseñar la bibliografía.

A los docentes de la Universidad de la República de Uruguay, que desarrollan la docencia e investigación engrandeciendo a la Facultad de Derecho en la que me desempeño como encargado de curso de, Teoría General del Contrato, Responsabilidad Civil, Contratos Especiales y Derecho Cooperativo, a aquellos con los que me formé y a los que han colaborado en mis cursos con dedicación y esmero.
