
LOS CONTRATOS PARASOCIETARIOS¹

Con especial referencia al contrato de sindicación de acciones

Wálter Gutiérrez Camacho

Profesor de Derecho Civil (Contratos) en la Universidad de Lima. Director de Gaceta Jurídica Editores y de Legal Express.

1. INTRODUCCIÓN

La consagración legal de los contratos parasocietarios implica la contractualización del derecho societario, el triunfo de la autonomía de la voluntad y su ímpetu renovador en esta disciplina. Sin embargo, en esta ocasión como en otras, el ingreso de la libertad de contratación mediante esta figura no puede ser irrestricto, es preciso fijar fronteras, linderos que protejan a los socios no sindicados o a los terceros. Por ello, creemos que la legislación de estos contratos abre una serie de interrogantes que la doctrina y la jurisprudencia deberán atender.

Cuando se aborda el estudio de los contratos parasocietarios no es fácil ser original, el peligro de la reiteración se encuentra en cada esquina, debido a la abundante literatura jurídica que

1 El presente trabajo fue escrito antes de la promulgación de la ley 27303, de manera que las opiniones expuestas en éste no recogen las modificaciones que contiene el citado dispositivo. Sin embargo, como el lector podrá comprobar, las ideas expuestas aún tienen vigencia. La citada norma modifica el artículo 252 referido a la inscripción de acciones en las sociedades anónimas abiertas, y el artículo 254 referido a las estipulaciones válidas del pacto social o del estatuto de la sociedad anónima abierta.

existe sobre este tema². Sin embargo, en nuestro medio el riesgo no es tan grave, además es inevitable ocuparnos de él luego de que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido sancionada la legalidad de estos contratos, pues su reconocimiento legal no ha traído consigo la solución de los numerosos problemas que la figura entraña.

Como comprobaremos en este trabajo, la mera legalidad de estos contratos aún deja en pie numerosas preguntas con relación a este tipo de negocios, tales como las siguientes: a) ¿Están permitidos en nuestro sistema legal todos los contratos parasocietarios, por ejemplo, es lícito el sindicato de administración?; b) ¿son válidos los contratos por los cuales se transfiere indefinidamente el derecho de voto, y en todo caso cuál es el plazo máximo de estos contratos?; c) ¿está permitida en nuestro ordenamiento la venta del voto? En suma, ¿puede afirmarse categóricamente que ha quedado zanjado totalmente el tema de la legalidad de los contratos de sindicación con su inclusión en la Ley General de Sociedades?

Según se verá en el desarrollo de este trabajo, la ley sólo ha declarado la legalidad de estos contratos apuntando algunas generalidades, pero no se ha ocupado puntualmente de sus modalidades y de sus alcances, de manera que si bien se trata de contratos nominados –en el sentido de que poseen un *nomen juris*– y que jurídica-

mente están admitidos en nuestro ordenamiento, no puede afirmarse de ellos que se trata de contratos típicos. Más bien, por el contrario, estamos ante contratos atípicos, pues carecen de una regulación positiva, integral y sistemática³.

El presente trabajo tiene como propósito abordar la problemática que en su conjunto plantean los contratos parasocietarios en nuestro ordenamiento, y postular algunas soluciones a dichos problemas. En las siguientes líneas se demostrará que nuestra Ley Societaria tan sólo ha resuelto de manera genérica el tema de la legalidad; es decir, en principio, estos contratos tienen reconocimiento legal en nuestro derecho; no obstante, no puede decirse lo mismo –cuando menos no con el mismo énfasis– de todas sus variantes.

Antes de continuar, conviene que hagamos algunas precisiones: primero, como veremos más adelante, existen numerosas clases de sindicación de acciones⁴ (unas referidas al voto, otras referidas a la transmisibilidad de las acciones, otras a la especulación financiera de las acciones, etc.); segundo, si bien esta figura es conocida en la doctrina como sindicación de acciones, dicho contrato no sólo es posible en la sociedad por acciones –así, también es viable en las sociedades civiles (artículo 303), en la sociedad comercial de responsabilidad limitada (artículo 294), en la sociedad colectiva (artículo 277), y en la sociedad en comandita (artículo 280)–, no obstante este contrato es más frecuente en la sociedad anónima, y tercero, el contrato de sindicación es a su turno una expresión de una fi-

2. En el Perú los trabajos sobre negocios parasocietarios no son muy numerosos, al margen de las tesis universitarias sólo se han publicado dos ensayos y un breve libro. Véase MONTROYA MANFREDI, Ulises, "Los sindicatos de accionistas", *Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Panizo*, Lima: Editorial Guco, 1984, pp. 3-26; ROSSELLÓ DE LA PUENTE, Rafael, "La sindicación de acciones", *Libro Homenaje a Ulises Montroya Manfredi*, Lima: Editorial Guco, 1986, pp. 577 y ss.; CORNEJO GUERRERO C., *El sindicato de bloque de acciones*, Lima: Editorial Guco, 1997.

3. Cf. GUTIÉRREZ CAMACHO, Wilton, "Contratos atípicos", ensayo preparado para el libro *La contratación mercantil moderna*, actualmente en preparación.

4. El sindicato de acciones es un tipo de contrato parasocietario, sin duda el más importante, por ello este trabajo analiza en esencia esta figura.

gura más amplia conocida como contrato parasocietario.

El contrato parasocietario es una figura en cuya virtud las partes convienen sobre diversos asuntos relacionados con sus intereses en la sociedad. Se trata de pactos entre los socios al margen del contrato de sociedad y distintos de éste, para modificarlo o complementarlo con referencia a los intervinientes en el pacto o contrato parasocial. Es decir, no se trata de cláusulas del contrato de sociedad⁵, sino de contratos independientes, pero relacionados con la sociedad. Estos contratos pueden ser celebrados por todos o parte de los accionistas.

Como ya lo adelantamos, en nuestro derecho la figura del contrato parasocietario ha sido legalizada en el artículo 8 de la Ley General de Sociedades (LGS), que comprende una amplia gama de contratos, que van desde contratos que vinculan a los socios, a los socios y a la sociedad e incluso a los socios y a terceros. Se trata de una infinidad de contratos, de los cuales la sindicación de acciones es sólo una especie, pero sin duda la más importante. Algunos ejemplos de contratos parasocietarios son los convenios por los cuales los socios acuerdan formas de financiamiento para el proyecto empresarial que supone la sociedad, las garantías que algunos o todos los socios se comprometen a otorgar por los créditos que solicite la sociedad, los acuerdos sobre la política para el reparto de utilidades por un tiempo determinado, etc.

Detengámonos ahora en dar una idea del contrato de sindicato más frecuente: el de voto. Esta figura es conocida como pac-

to de sindicación de voto o de vinculación de voto; en sentido amplio es el contrato en virtud del cual dos o más socios integrantes (generalmente de una sociedad anónima) se obligan entre sí, frente a la propia sociedad o frente a terceros, a votar en los órganos de la sociedad afectada (o a abstenerse de hacerlo), por sí mismos o (más frecuentemente) a través de un representante (director del sindicato), en el sentido decidido (generalmente) por la mayoría de quienes forman el sindicato, garantizando así que éste exprese siempre un voto unitario, con el fin de mantener cohesionada en el seno de aquellos órganos bien una mayoría o bien una minoría de capital o de personas o de cumplir obligaciones a través de dicha sociedad⁶.

El propósito inmediato del contrato de sindicación está compuesto de dos objetivos: primero, hacer una masa con las acciones sindicadas, sustituyendo la acción dispersa por la acción unitaria, la diversidad por la unidad. En segundo lugar, este contrato tiende a conferir el manejo de las acciones a un gestor que no quede expuesto a la revocación de sus mandantes⁷. El propósito mediato y en realidad el más importante de este contrato es el control de la sociedad.

En efecto, si bien es cierto que el sindicato de acciones busca unificar a un grupo de socios, en realidad este contrato es una manifestación de un fenómeno más vasto: el de control de las empresas, que en sus diferentes expresiones —contratos de colaboración, grupo de empresas, *holdings*, sindicación de acciones, etc.— es objeto de una creciente preocupación del derecho en

5. Según el profesor Girón Tena, si forman parte del contrato de sociedad pierden autonomía, no será ya una figura parasocial, y se convierten en cláusulas atípicas. Cf. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, Tomo 1, Madrid: C.T., 1976, p. 54.

6. Cf. GUILIÁ VICENT, Eduardo, "Sindicato de voto", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. IV, Madrid, 1991, p. 6.234.

7. GARRIGUES, Joaquín, *Formas de dirección c.ñ.c.*, Madrid, 1978, p. 30.

general y especialmente del derecho societario⁸. En el fondo, lo que busca toda sindicación de acciones es controlar una sociedad y, por consiguiente, una empresa.

Como se desprende de las definiciones expuestas, este contrato genera, principalmente, obligaciones de hacer, consistentes en votar de manera directa o indirecta en determinado sentido, y, en ocasiones, incluso ceder temporalmente el derecho de voto. En el caso de las sindicaciones de bloqueo —que es otro tipo de sindicación—, las obligaciones que se generan producto de este contrato son sobre todo omisivas (de no hacer). Sin embargo, Serra sostiene que es un contrato dinámico, en razón de que el contenido concreto o exacto de las obligaciones de las partes se va definiendo a lo largo del tiempo, aunque algunas de éstas sí estén claramente previstas en forma inicial⁹.

2. CONCEPTO Y ALCANCES

Hemos dicho que existen diversas clases de contratos de sindicación; en este trabajo nos vamos a ocupar esencialmente, aunque no de modo exclusivo, del sindicato de voto. De manera que los conceptos que se van a exponer en esta parte se refieren principalmente a este contrato. Las razones por las cuales vamos a poner el

énfasis en este tipo de sindicato son, de un lado, porque se trata de la figura de sindicación con mayor entidad jurídica, y por otro, porque ofrece una mayor problemática. Además, es la expresión de una realidad latente: modernamente las grandes sociedades son gobernadas por minorías organizadas y una de esas formas de organización es el sindicato de voto.

Veamos entonces algunos conceptos expuestos por la doctrina:

Según Halperin es un complejo de acuerdos entre accionistas para comprometer por anticipado la forma de votar, sea en general o sea en supuestos específicos¹⁰. En una obra anterior refiriéndose al mismo tema indicó que se trataría de:

... una vinculación ocasional o duradera de 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, con el propósito de mantener a un grupo en el gobierno de la sociedad¹¹.

Por su lado, Ascarelli ha planteado que la sindicación de acciones constituye contratos plurilaterales mediante los cuales 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. Y agrega que a él recurren quienes quieren asegurar la estabilidad de la administración social; sin embargo, no es inusual que también recu-

8 En la bibliografía nacional sobre grupo de empresas véanse los trabajos de HUNDSKOPF, Oswaldo. "Regulación jurídica de los grupos de empresas". *Gaceta Jurídica*. Tomo 48. Lima, noviembre de 1997, pp. 19 y ss. "Intereses alejados por la formación de los grupos de empresas y sus mecanismos de protección". *Gaceta Jurídica*. Tomo 50. Lima, noviembre de 1998, pp. 238 y ss.

9 SERRA MALLOL, Antonio. *El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 177.

10 HALPERIN, Isaac. *Sociología arrojadas*. Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 654.

11 HALPERIN, Isaac. *Manual de sociedades arrojadas*. Buenos Aires: Depalma, 1965, p. 129.

man a el grupos minoritarios para defender mejor sus propios derechos frente a la administración¹².

Pedrol lo caracterizaba como la reunión de varios accionistas para combinar fuera de la sociedad los derechos de voto correspondientes a sus acciones, e influir en la vida social de acuerdo con las directrices marcadas por el grupo sindicado, sin olvidar que el sindicato de accionistas se ve obligado a vivir inevitablemente en un ambiente cerrado y la institución paga el tributo del recelo y del no reconocimiento legal¹³. A su turno, Messineo sostiene:

... sindicato accionario de voto (o de gestión), es aquél por el cual se confían las acciones a un tercero (mandatario, director del sindicato) para que ejercite el voto en las asambleas, en sentido determinado, o a su libre arbitrio, o se abstenga del voto (obligación negativa) o bien (otra forma) la asunción de la obligación recíproca de votar en un determinado sentido, ya preestablecido, o a establecerse caso por caso (sindicato de duración, del cual se suele establecer el vencimiento, pero también la próroga tácita si no hay aviso, que habrá de darse de modo expreso y a cierta distancia de tiempo)¹⁴.

Para el profesor italiano Giovanni Colombo se trata de un acuerdo mediante el cual los accionistas se comprometen a votar en modo uniforme en una o más asambleas. Es más, se comprometen precisamente o a votar en persona de manera uniforme —en el modo establecido internamente por el sindicato— o a hacer votar mediante poder a un mandatario común. En la relación interna del sindicato es posi-

ble que el modo como se votará el contenido del futuro voto, sea establecido por unanimidad o por mayoría¹⁵.

En la doctrina nacional Montoya Manfredi ha dicho que son organizaciones formadas entre los accionistas de las sociedades, vinculadas para hacer uso, de común acuerdo, del derecho de voto que les corresponde. La organización acordada les permite concertar los acuerdos fuera de la junta general, que es donde según la ley deben adoptarse, efectuándolos al margen y con anticipación a ella, si se trata de esta clase de sindicatos de voto, y cumplir los acuerdos convenidos, que no sean materia de juntas generales, en las oportunidades que corresponda, si se trata de otra clase de sindicatos, como pueden ser los de "bloqueo" o los "financieros"¹⁶.

De las definiciones presentadas hasta aquí, se puede constatar que este tipo de contratos conducen a que surja una organización paralela y subyacente bajo la estructura formal de la sociedad emisora de las acciones o participaciones¹⁷. Tal estructura tiene como propósito controlar una sociedad o defender los derechos de un grupo de accionistas minoritarios frente a una mayoría que controla la sociedad. Se trata, en consecuencia, de una pluralidad de accionistas que deciden actuar en bloque aumentando su capacidad de decisión o acción dentro de la sociedad.

Adicionalmente, de su definición se advierte de modo inmediato que los intereses

12. Cf. ASCARELLI, Tullio. *Sociedades y asociaciones comerciales*. Buenos Aires: Ediar, 1947, pp. 174-175.

13. Cf. CRIADO ARRIETA, Víctor M. *Jurisprudencia argentina* 6132. Marzo 10, 1999, p. 13.

14. MESSINEO, F. *Manual de derecho civil y comercial*. Tomo V. Buenos Aires: EJBA, 1979, p. 445.

15. Cf. COLOMBO, G. *Los sindicatos accionarios y la noción de los contratos*. Buenos Aires: La Ley, 1972, p. 839.

16. MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Sindicatos de accionistas en áreas societarias*. Lima: Universidad de Lima, s/f, p. 205.

17. Cf. MARTORELL, Ernesto Eduardo. *Tratado de los contratos de empresa*. Tomo III. Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 145.

del sindicato de accionistas no coinciden necesariamente con los de la sociedad, pues el referido contrato se celebra con el específico objetivo de proteger los intereses de quienes lo integran. Gran parte de los cuestionamientos a la legalidad de estos contratos descienden de este conflicto de intereses. No obstante, como lo constataremos después, estos conflictos no sólo no son muy frecuentes, sino que a menudo los intereses de los accionistas sintonizan con los de la sociedad.

Si se nos pregunta por la función económica que cumple el contrato de sindicación de voto, diremos que principalmente consiste en dar seguridad a quienes desean constituir una sociedad o ingresar a una ya en marcha, pero que al propio tiempo consideran que las normas societarias en materia de organización de sociedades no son suficientes para proteger sus intereses. De esta manera, el derecho abre la posibilidad de que sean los propios socios quienes establezcan los alcances de la organización societaria. Esta posibilidad que el legislador ha abierto a los accionistas, nos permite afirmar que el derecho societario se ha contractualizado, en el sentido de que a partir de ahora el derecho contractual juega un papel más importante en la organización societaria.

En resumen, para nosotros el convenio de sindicación es un contrato que celebran los accionistas o éstos con terceros, con el propósito de controlar o influir en el control de la sociedad. Esta pluralidad de accionistas busca crear una organización paralela, al margen de la sociedad, pero vinculada estrechamente con ella. Como comprobaremos en el siguiente punto, es también un contrato asociativo y plurilateral que persigue mediante la participación colectiva del voto en las juntas generales gobernar la sociedad.

Con la sindicación de acciones se deja atrás una visión tradicional o para decirlo

con expresiones de Garrigues una concepción "romántica" de la sociedad anónima, y con ella del derecho societario. De aquí en más, no puede afirmarse que la sociedad es una organización democrática en la que los asuntos se resuelven en la junta general, pues como se ve llegan a ella ya resueltos.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Objeto de un arduo debate ha sido la determinación de la naturaleza jurídica de esta figura. Hay quienes han sostenido que se trataría de una "sociedad paralela" a la que pertenecen los títulos sindicados; también se le ha calificado como sociedad irregular e incluso se ha afirmado que es una suerte de asociación; pero, sin duda, el planteamiento de mayor asidero es el que postula que estamos ante un contrato asociativo; nosotros participamos de esta idea y pretendemos demostrar la validez de tal planteamiento.

Lo primero que hay que demostrar es que se trata de un contrato. En efecto, la sindicación de acciones es un contrato, ciertamente no cualquier contrato, sino uno con prestaciones plurilaterales autónomas. Detengámonos brevemente en este tipo de contratos.

La doctrina tradicional ha elaborado en gran parte la teoría general del contrato teniendo en mente los contratos de cambio, es decir, aquellos contratos (compraventa, arrendamiento, permuta, etc.) en que los intereses de las partes son contrapuestos y, por consiguiente, las prestaciones recíprocas; sin embargo, es conveniente destacar que al lado de estos contratos existen los contratos con prestaciones plurilaterales autónomas, que lo mismo que cualquier contrato contienen los requisitos generales

de esta figura, pero se diferencian de los contratos de cambio en que los intereses son comunes y las prestaciones corren paralelas y no recíprocamente; además, en estos contratos es posible que participen una pluralidad de partes mayor a dos, y que incluso se incorporen a ellos luego de celebrados. En efecto, la naturaleza de este contrato permite la permanencia de la relación jurídica derivada del contrato plurilateral, no obstante la adhesión de nuevas partes o la separación de algunas¹⁸.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha reconocido indirectamente esta figura contractual en el artículo 1434 del Código Civil (C.C.), referido al incumplimiento en los contratos plurilaterales; lo mismo puede decirse del artículo 1391 del Código Civil que se refiere a la adhesión de un contrato plurilateral. Sin embargo, ninguno de estos artículos llega a definir al contrato plurilateral. No obstante, pese a que nuestra legislación no se ha ocupado directamente de este contrato, la figura no es ajena a nuestro derecho; así, son ejemplos de este contrato: la sociedad, el consorcio o *joint venture* y, desde luego, la sindicación de acciones.

En el derecho comparado, en el Código italiano puede hallarse una especie de definición en el artículo 1420 referido a la nulidad de este tipo de contratos: "Contratos con pluralidad de partes, en los cuales las prestaciones de cada una de ellas están dirigidas a la obtención de un fin común". Dicho Código ofrece un tratamiento más puntual que el nuestro respecto de este tema, pues la referida norma legal se ocupa también de su nulidad, anulabilidad, resolución e imposibilidad en los artículos 1420, 1446, 1459 y 1466, respectivamente.

Algunas características propias de estos contratos son:

- Pueden participar más de dos partes.
- Crean una organización.
- Son contratos abiertos, en el sentido de que es posible ingresar o salir de la relación jurídica que se crea sin que ésta se extinga.
- Las prestaciones suelen estar vinculadas a actividades empresariales.
- Las prestaciones de las partes no son equivalentes; es decir, resulta perfectamente posible, por ejemplo, que en un contrato de sociedad un socio aporte mil soles y otro cien mil soles, lo que se reflejará en el número de acciones que obtenga cada uno por su aporte.
- Son contratos de duración, dado que crean una organización.
- La imposibilidad o el incumplimiento de una de las partes puede generar la resolución del contrato respecto sólo de la parte que incumple.
- No se le aplica la excepción de incumplimiento; por tanto, el incumplimiento de una de las partes no autoriza a las otras a suspender el cumplimiento de sus prestaciones.
- El perfeccionamiento del contrato puede producirse de modo simultáneo o sucesivo (piénsese en la constitución simultánea o por oferta a terceros de la sociedad).
- Las prestaciones no son recíprocas, sino que todas ellas tienden a realizar un fin común.
- Las causales de nulidad que afecten a una de las partes sólo afectan el vínculo de tal parte, quedando inalterado el contrato entre las otras partes, siempre que la prestación a cargo de la parte afectada por la nulidad no sea esencial¹⁹.

18 Cf. ASCARELLI, Op. cit., pp. 23-24.

19 Cf. GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, "El contrato de sociedad". *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* 30. 2a. parte, Lima, 1999, pp. 34-35.

Finalmente, es importante señalar que a este tipo de contrato no le resulta aplicable las figuras contenidas en el Código, en el título VI de la Parte General de los Contratos: Contratos con prestaciones recíprocas. Nos referimos a la excepción de incumplimiento (artículo 1426), excepción de caducidad de plazo (artículo 1427), resolución por incumplimiento (artículo 1428), resolución de pleno derecho (artículo 1429); en nuestra opinión en cuanto a la cláusula resolutoria expresa, creemos que es posible su aplicación a este tipo de contratos, pero no respecto de la resolución del contrato sino del vínculo que liga a la parte incumplidora con las demás partes.

Del mismo modo, la imposibilidad sobreviniente del cumplimiento de la prestación de una de las partes no genera la resolución del contrato; lo propio sucede con las causales de nulidad o la anulabilidad generada por una de las partes, que no afectará necesariamente el contrato plurilateral.

En suma, como ya se indicó, en esta categoría contractual las diversas manifestaciones de voluntad tienden a un fin único y común, la constitución de una organización y funcionamiento de un grupo; en vista de ello, es un contrato abierto a cuantos las partes permitan ingresar en él después de su celebración; cada parte obtiene de ese modo derechos cualitativamente iguales a los de los demás. De esta manera, los contratantes se encuentran en posiciones análogas llamadas paritarias²⁰.

Ahora bien, la sindicación de acciones es un contrato con prestaciones plurilaterales autónomas, pues sus características se ajustan a las de este tipo de contrato. Sin embargo, esta afirmación no es suficiente

para resolver el problema de su naturaleza jurídica; es preciso analizarlo desde el punto de vista de su contenido.

Desde la perspectiva de su contenido y por lo tanto de su propósito, estamos ante un contrato asociativo. En efecto, el fin perseguido por este contrato permite calificarlo como tal. Según nuestra Ley General de Sociedades,

... se considera contrato asociativo aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en los negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes (artículo 438).

Huelga decir que por su naturaleza contractual esta figura no crea una persona jurídica, ni genera un patrimonio autónomo; por tanto, no puede establecer relaciones con terceros.

En este punto es importante precisar que si bien los contratos de sindicación son contratos plurilaterales y asociativos, no debe identificarse contratos asociativos con contratos plurilaterales, pues es posible que un contrato asociativo no sea un contrato plurilateral; tal lo que acontece en el caso del contrato de asociación en participación, que en nuestro derecho lo mismo que en otras latitudes es considerado como asociativo, pero que estructuralmente es un contrato con prestaciones recíprocas. En suma, cuando nos referimos a estas dos clases de contratos hay que tener en cuenta que lo hacemos atendiendo a perspectivas distintas: en una, atendiendo al fin del contrato, y en otra, a las prestaciones que lo integran.

Por otra parte, como se expresó, la sindicación de acciones es también ordinariamente de un contrato parasocial en el sentido que se estipula al margen del contrato de sociedad y de la sociedad misma, no obstante que en ciertos casos, pues así lo admite nuestra legislación (artículos 55,

20 Cfr. GIUSEPPE, Bianca. *Instituciones de derecho privado*. México: Porrúa, 1978, p. 527.

101, LGS), pueda integrar el pacto social y el estatuto; en efecto, pese a estar incorporado en dichos documentos se tratará de un acto jurídico distinto. En realidad, se habla de contrato parasocial porque el propósito del contrato es precisamente intentar influir en el funcionamiento de la sociedad desde fuera de los órganos sociales regulados legal y estatutariamente. Por su naturaleza parasocietaria, el juicio sobre su licitud o validez, su organización o eficacia, ha de tomar en cuenta necesariamente las normas imperativas en materia societaria y el estatuto de la sociedad sobre la que pretende influir. Sobre este tema regresaremos luego.

Los contratos parasocietarios deben su nombre al jurista italiano Oppo²¹, quien indicó que al lado del contrato de sociedad existía un conjunto de contratos, que pese a no ser parte de él y por tanto quedar fuera del ordenamiento social, inexcusablemente viven a la sombra de la sociedad a cuyo desenvolvimiento están vinculados. De ahí su carácter accesorio respecto del contrato de sociedad. No obstante su accesoriedad, debe quedar claro que se trata de dos figuras distintas, pese a que en ciertos casos tales contratos puedan estar incluidos en el pacto social o en el estatuto.

Conviene aclarar que cuando hablamos de accesoriedad del contrato aludimos a sus razones existenciales, es decir, un contrato accesorio sólo podrá existir, y por tanto tener aplicación, siempre que el contrato principal sea válido. En otros términos, la vida jurídica de este contrato depende de la del contrato de sociedad al que pertenecen los títulos sindicados, de este modo, la nulidad o liquidación del contrato de sociedad acarreará irremedia-

blemente la extinción del contrato de sindicación.

Decíamos además, que es un contrato parasocietario, pues aunque pueda llegar a afectar el funcionamiento de la sociedad, es ajeno a ésta. La sociedad es un tercero en este contrato, pues no es parte de él. Sin embargo, en nuestro derecho, la sindicación de acciones, pese a ser un contrato en el cual no es parte la sociedad, le es exigible a la sociedad siempre que le sea debidamente comunicado (artículo 8, LGS). Debe advertirse que los alcances de esta norma sancionan en la práctica un replanteamiento del principio de relatividad del contrato consagrado en el artículo 1363 del Código Civil.

En suma, cuando nos referimos a un sindicato de acciones debe quedar claro que estamos, en primer término, ante un contrato asociativo; en segundo lugar, dicho contrato es de naturaleza plurilateral; tercero, es un contrato parasocietario; cuarto, es un contrato accesorio; quinto, es un contrato de organización, y sexto, es un contrato de empresa. Con relación a esto último, resulta oportuno aclarar que dicho contrato no pertenece al derecho común; por tanto, estamos esencialmente ante un contrato mercantil, de manera que sólo supletoriamente se regulará por las normas del Código Civil, en especial las normas relativas a la parte general de los contratos. Máxime si los alcances generales de esta clase de contratos se ubican en la Ley General de Sociedades (artículos 438-439). Como ya lo expresamos, no obstante que la figura genérica del contrato asociativo ha sido disciplinada en la LGS, el contrato de sindicación de acciones, en sus distintas modalidades, es un contrato atípico.

Por último, quisiera ocuparme muy sumariamente de la forma de estos contratos. Como se recordará, la forma es la expresión objetiva de la voluntad, en este senti-

21. OPPO, Cf. MIRKEN Mabel F. y Eduardo CHEHTMAN, *Revista de Derecho Comercial y de la Obligación*, Año 7. Buenos Aires: Depalma, 1974, p. 68.

do todo acto jurídico tiene forma; la formalidad es la exigencia legal o voluntaria que las partes deberán cumplir para que su voluntad sea tenida por válida.

En cuanto a la forma del contrato de sindicación, el asunto no ofrece problemas. Se trata de un contrato consensual, aunque sólo le será exigible a la sociedad a partir del momento en que le sea "debidamente comunicado". Este requerimiento no es una exigencia de formalidad, sino un requisito para su oponibilidad.

Para el caso del sindicato de bloqueo, la ley señala que las limitaciones a la transferencia se anotarán en la matrícula de acciones y en el respectivo certificado (artículo 101). Estos requisitos no son formalidades sustanciales, o sea, su cumplimiento no tiene implicancias existenciales para el contrato: Si no se cumple con los referidos requisitos el contrato no podrá oponerse a terceros ni a la sociedad, pero igual existirá para las partes. Ciertamente, cuando se celebre este tipo de contrato, conviene cumplir con las referidas exigencias para que éste despliegue todos sus efectos y no se limite sólo a las partes.

4. EL CONTRATO DE SINDICACIÓN Y FIGURAS AFINES EN EL DERECHO COMPARADO

En el derecho inglés hallamos una figura con un enorme parecido al contrato de sindicación: el *voting-agreement*. En los Estados Unidos es frecuente el *voting-trust*, en el que se transmiten las acciones sindicadas a un *trustee*, para que éste ejerza dentro del seno de una corporación los derechos de voto emanados de tales acciones, cuya titularidad recae sobre su persona²². La dife-

rencia entre el *voting-agreement* y el *voting-trust* reside en que en el primero no se presenta la figura del *trustee*, una suerte de fideicomisario, manteniendo los socios sindicados la titularidad de sus acciones, pero obligados a votar según lo acordado en las juntas generales.

La figura del *voting-trust* ha sido regulada en varios estados de los Estados Unidos. Esta normatividad ha estado inspirada en el artículo 34 de la *Model Business Corporation Act* (concebida por la *American Bar Association*) cuyo texto es el siguiente:

Cualquier número de accionistas de una compañía puede crear un *voting-trust*, con el propósito de transferir para un *trustee* o *trustees* el derecho de voto u otros derechos atribuidos por sus acciones, por un plazo no mayor de diez años; por medio de un acuerdo escrito que detalle los términos y condiciones del *voting-trust*, un ejemplar del cual será registrado en la sede social de la compañía; las acciones serán transferidas al *trustee* o *trustees* para los fines estipulados en el contrato²³.

Del texto presentado puede constatarse que en el derecho norteamericano el *voting-trust* es una figura legalizada, es decir plenamente admitida por dicho ordenamiento jurídico; su naturaleza es contractual, su forma deberá ser escrita, su plazo no debe exceder de diez años, y su efecto principal es la transferencia de las acciones a un tercero (*trustee*) para que cumpla con lo acordado en el contrato.

La licitud y eficacia de estos contratos se basa en que el derecho de voto es concebido en el sistema jurídico anglosajón como un *property right* (derecho de propiedad) sobre el cual puede disponer su titular, aunque no sin limitaciones que a menudo están vinculadas con el interés social.

22 Cf. MARTORELL, Ernesto Eduardo. Op. cit., p. 136.

23 Cf. MARTORELL, Ernesto Eduardo. Op. cit., p. 152.

Se advierte que esta figura ofrece mayores garantías que las que da el sindicato de acciones en el derecho continental, al disociarse en él la propiedad o titularidad legal o formal (del *trustee*) de la propiedad útil o beneficiaria²⁴.

En Francia, en un primer momento se prohibió todo contrato que tenga por objeto o por efecto atentar contra el libre ejercicio del derecho de voto en las juntas generales de las sociedades comerciales; sin embargo, estas prohibiciones nunca fueron absolutas, e incluso luego se dieron leyes que en cierto modo permitían estas figuras. Finalmente, la ley francesa del 24 de julio de 1966, sobre sociedades comerciales, deroga, en su artículo 505, todas las disposiciones anteriores relativas a los contratos de sindicación, por lo cual, no habiéndose ratificado la prohibición en ningún precepto, se entiende que la cuestión acerca de la licitud de los convenios de voto se deja librada a la apreciación que de ellos hagan los tribunales.

En Brasil, estos contratos son completamente legales, según lo establece el artículo 118 de la ley 6404/76, sobre sociedades anónimas. No obstante, sólo serán oponibles a terceros siempre que se anoten en los libros de registros de la sociedad y en los certificados de acciones emitidos, siendo plenamente ejecutables las obligaciones que se generen en estos contratos.

5. CLASES DE SINDICACIÓN DE ACCIONES

Resulta muy difícil hacer una clasificación que involucre toda la variedad de este tipo de contratos. En efecto, los sindicatos de acciones, en especial los de voto, pre-

sentan variedad de modalidades: pueden ser ocasionales o permanentes, y éstos, por tiempo determinado o indeterminado, pueden ser sindicatos de mayoría, para conservarla y ejercer el control en la sociedad y, en su caso, en el grupo de sociedades, a través de su dirección unitaria o sindicatos de minoría, para la defensa de ésta y búsqueda de coaliciones más amplias; pueden incluir la decisión sobre todos los asuntos de la sociedad o sólo sobre una categoría de ellos. Generalmente deciden en su seno por mayoría (que habrá de ser mayoría de capital, si así es la sociedad), aunque a veces deciden por unanimidad (dando un verdadero derecho de veto a cada socio sindicado); pueden confiar el ejercicio del voto en la junta general a los socios sindicados (que están obligados a seguir lo acordado en el seno del sindicato) o confiarlo a un representante común (generalmente, el denominado "director" del sindicato, persona física o jurídica que asume, además, otras importantes funciones en la organización de éste); puede ser puramente contractual o bien un contrato complejo, apoyado en la estipulación de garantías reales: fundamentalmente, la constitución en prenda por cada socio de sus acciones presentes y futuras en la sociedad, en garantía de las obligaciones asumidas y de la cláusula penal estipulada para el caso de su incumplimiento. Por lo general adopta también la forma de un contrato complejo, pacto de sindicación de voto y de bloqueo de las acciones sindicadas (mediante restricciones convencionales a la libre transmisibilidad de las acciones, presentes y futuras, de la misma sociedad, en transmisiones voluntarias y forzosas: *mortis causa* y ejecuciones judiciales, administrativas y notariales)²⁵.

24 Cf. CHULLÁ VICENT, E. Op. cit., p. 6.237.

25 CHULLÁ VICENT, E. "Sindicato de voto" *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. IV, Madrid, 1994, p. 6.234.

Se constata entonces, que estamos ante una infinidad de modalidades, y que es demasiada pretensión ofrecer una clasificación omnicompreensiva. De manera que sólo presentaremos algunas de las clasificaciones que han tenido mayor fortuna en la doctrina y en la práctica, para luego ocuparnos más extensamente de los principales tipos.

Comúnmente estos contratos se suelen clasificar en:

- *Sindicato de voto*.- Es la agrupación de socios que mediante este contrato se obligan a votar en un mismo sentido sobre asuntos de su interés, conformando de esta manera un grupo de poder en la sociedad, con vocación de gobernarla o de influir en sus decisiones. Para darle seguridad al fin del contrato los socios sindicados, con frecuencia, ceden el derecho de voto a un mandatario, o se utiliza alguna otra figura que garantice el cumplimiento del contrato. En el siguiente punto nos ocuparemos más extensamente de esta figura.
- *Sindicato de bloqueo*.- Es el contrato mediante el cual se establecen limitaciones o prohibiciones temporales a la libre transmisibilidad de acciones; son conocidos también como sindicatos de defensa. Se busca con ellos cerrar la posibilidad de que terceros, extraños al sindicato ingresen a la sociedad. Nuestra LGS mediante un amplio artículo ha regulado esta figura; sin embargo, como veremos más adelante aún se levantan sobre ella numerosas dudas.
- *Sindicato financiero*.- Lo característico de este tipo de sindicato es que quienes celebran este contrato no tienen entre sus planes participar en la dirección de la empresa, es más, su interés se halla alejado de la sociedad misma y de su gestión. Su interés se centra en el

valor patrimonial de las acciones o participaciones de la sociedad. En otros términos, se trata de una operación financiera que en el fondo persigue una rentabilidad con la adquisición o transferencia de los títulos.

Dentro de los contratos financieros cabe mencionar algunos subtipos de sindicación:

- *Sindicato de emisión o de colocación*.- Mediante este contrato, el grupo sindicado suscribe todas o parte de las acciones (léase también *debentures*, obligaciones negociables u otros títulos bursátiles), para lanzarlas al público en una segunda etapa, cuya oportunidad se fijará en función de las oscilaciones que experimente el mercado financiero, ya que el propósito final es obtener beneficios con su recolocación²⁶.
- *Sindicato de garantía*.- Ésta es otra modalidad del sindicato financiero, que tiene por objeto garantizar la colocación de títulos (acciones, *debentures*, bonos, etc.) que emita la sociedad entre el público, mediante una comisión establecida en el mismo pacto de sindicación. Consecuentemente, y a diferencia del caso anterior, en esta modalidad —denominada en el derecho anglosajón *firm commitment*— las entidades sindicadas se comprometen en firme a suscribir una cantidad de títulos predeterminada²⁷.
- *Sindicato de resistencia*.- Por medio de este contrato de sindicación se persigue mantener el valor de cotización de determinado título, evitando su baja. Con este propósito se convienen pactos de limitación o prohibición de transferencia de acciones a terceros. De este modo, al reducir la oferta de di-

26 Cf. MARTORELL, Ernesto Eduardo. Op. cit., p. 146.

27 MARTORELL, Ernesto Eduardo. Op. cit., p. 150.

chos títulos en el mercado se preserve su valor²⁸.

Por otro lado, en un sentido más amplio y tomando en cuenta diversos aspectos, Serra Mallol²⁹ hace la siguiente clasificación:

- *Por su finalidad*
 - Agresivos o de mando: Buscan controlar la sociedad.
 - Defensivos: Para defender a accionistas minoritarios.
 - De bloqueo: Tienen como fin limitar o prohibir la transmisión de acciones con el propósito de mantener un conjunto de votos.
 - De especulación o financieros: Buscan la obtención de un lucro mediante el control de paquetes de acciones; realmente tienen más interés en los títulos y su cotización que en la sociedad.
- *Por sus componentes*
 - Sindicato simple: Si todos son accionistas.
 - Sindicato complejo: Cuando lo integran también personas que no son accionistas; así, los titulares de obligaciones convertibles o que detentan acciones de sociedades tenedoras de acciones de la sociedad a que afecta el sindicato.
- *Por su duración*
 - Temporales: Son sindicatos formados para una situación pasajera o de crisis o una junta general en que se vaya a debatir algo importante.
 - Indefinidos: Si no se estableció límite concreto.
- *Por el ejercicio del derecho de voto*
 - Compromiso personal: Si cada socio ejerce su derecho de voto.

- Autorización expresa y concreta para cada junta general a la persona que designe el sindicato.
- Poder otorgado en forma indefinida a un miembro del sindicato.
- *La posesión de las acciones*
 - En manos del propio sindicato
 - En manos de un depositario, sindicato o no.

5.1 Sindicación de voto

Como ya lo expresamos, los sindicatos de voto o de mando aspiran a gobernar la sociedad o ejercer influencia sobre dicho gobierno. En el fondo de todo sindicato de voto subyace un programa que los integrantes del contrato desean que se ejecute. Ciertamente, si el socio está dispuesto a ceder su voto, sólo lo hará en la medida en que previamente coincida con el conjunto de acuerdos a adoptarse en la sociedad y que éstos sintonicen con sus intereses.

Ahora bien, el sindicato de voto nos confronta con la problemática referida al significado del derecho del voto y los límites de su ejercicio. Detengámonos brevemente en este tema. El derecho de voto es el principal de los derechos políticos de los socios, es un derecho consustancial a la condición de socio. Se es socio no sólo porque se participa en las utilidades de la sociedad, sino porque también se participa en su gobierno. Tal derecho, el de participar en el gobierno de la sociedad, sería inviable sin el derecho de voto.

De este modo, el derecho de voto en la junta general y en otros órganos de gobierno constituye el elemento jurídico central mediante el cual los socios ejercen su poder sobre la organización societaria³⁰.

²⁸ Cf. MARORELL, Ernesto Eduardo. Op. cit., p. 150.

²⁹ SERRA MALLOL, Antonio. Op. cit., pp. 177-178.

³⁰ Cf. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. *Derecho societario. Los socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades*. Tomo 5. Buenos Aires: Helix, 1997, p. 381.

El fundamento económico sobre el que se basa este derecho consiste en que si son los socios quienes corren el riesgo de que las decisiones adoptadas por la sociedad repercutan negativamente sobre la rentabilidad de sus aportes, es lógico que sean tales socios los que tomen las decisiones que en definitiva van a repercutir sobre su patrimonio³¹. En este sentido, es lógico también que el voto sea considerado como un derecho disponible que forma parte de la esfera patrimonial del socio. Si esto es así, resulta absolutamente coherente que el socio pueda realizar los actos jurídicos que estime convenientes a sus intereses con su derecho de voto. Desde luego, este derecho, como todos los derechos, no es irrevocable, tiene límites que veremos luego.

No hay que confundir el derecho de voto con la emisión del voto. Desde una perspectiva netamente jurídica, la emisión del voto es un acto jurídico unilateral. Es una declaración de voluntad no recepticia, destinada a unirse con las declaraciones de los demás socios y fundirse con ella en un acuerdo colectivo, expresión de la voluntad social. Del mismo modo que acontece con cualquier acto jurídico, éste debe reunir todos los requisitos de tal figura y al propio tiempo no debe adolecer de vicio alguno³².

En cuanto al derecho de voto debemos manifestar que se trata de un derecho subjetivo que nos faculta a decidir con arreglo a nuestros intereses en la sociedad. Es decir, como todo derecho subjetivo, es la facultad de exigir de otro una determinada conducta, en este caso que no impidan o perturben determinada actividad —el ejercicio del voto— del titular.

Conviene detenernos ahora en los distintos tipos de sindicato de voto. En efecto, existen diversas modalidades de este sindicato. Veamos algunas de ellas. En las Jornadas sobre Convenciones de Voto y Sindicación de Acciones en las Sociedades Anónimas, realizadas en Argentina, se sostuvo que dentro de los sindicatos de mando puede hacerse la siguiente subclasificación:

- *Por la situación de las acciones sindicadas* con depósito de títulos o sin depósito.
- *Por la clase de acciones*: sindicato de acciones ordinarias, sindicato de acciones de voto plural³³, sindicato de acciones nominativas, sindicato de acciones al portador³⁴, etc.
- *Por la naturaleza del compromiso*: compromiso de entrega de los títulos para que el accionista vote por sí, compromiso de voto del propio accionista, compromiso de otorgar poder a favor del síndico, etc.
- *Por la finalidad*: sindicato de mando propiamente dicho y sindicato de defensa.
- *Por el límite de tiempo*: sindicato para un solo acuerdo social, sindicación para un período determinado.
- *Formas especiales o indirectas de sindicación*: *voting trust*, contrato de report o "de reporto", contrato de arriendo de acciones³⁵.

Entre las principales funciones que busca cumplir este contrato se encuentran³⁶:

- Permitir la coordinación de los socios o de sus representantes dentro de los ór-

31 CABANELLAS, G. Op. cit., p. 382.

32 Cfr. UDEA, Rodrigo. *Derecho mercantil* 22a. edición. España: M. Pons, 1995, p. 308.

33 En el Perú no existe este tipo de acciones.

34 En el Perú no existe este tipo de acciones.

35 MARTORELL, Ernesto Eduardo. *Tratado de los contratos de empresa*. Tomo III. Depalma, 1997, pp. 147-148.

36 Cfr. CABANELLAS, G. Op. cit., pp. 441-442.

ganos societarios. De esta manera, un grupo de socios que en conjunto detente una proporción dominante de las participaciones de una sociedad, puede tener intereses y fines comunes, pero puede encontrar su poder de decisión diluido y prácticamente anulado, debido a la actuación no coordinada de tales socios, por ejemplo, al votar separadamente en las elecciones para integrar el directorio, de modo que ninguno de sus candidatos logra ser electo, cuando podrían haber controlado el directorio en caso de votar conjuntamente a favor de candidatos conjuntamente predeterminados.

- Los socios que ingresen a una sociedad pueden desear asegurarse de que determinados socios retendrán el control sobre la sociedad. Los convenios de voto permiten lograr un mayor grado de certeza en esta materia.
- Los contratos de un socio con un tercero, por ejemplo un contrato de préstamo con un banco, pueden estar condicionados a la realización de ciertos actos por la sociedad, como no repartir dividendos en exceso de cierto límite. Los acuerdos en materia de voto pueden permitir al socio asegurarse de que esas condiciones serán cumplidas.
- Los administradores y los socios directamente vinculados a ellos pueden temer, cuando no controlan la mayoría del capital social, que un grupo de socios, por medio de acuerdos entre sí, o a raíz de la compra de sus participaciones por un único grupo de control, desplacen a los actuales administradores. Puede evitarse este peligro vinculando anticipadamente mediante convenios de voto a los socios minoritarios necesarios para prevalecer en las asambleas.

- Los acuerdos de voto pueden ser utilizados para coordinar las actividades de diferentes empresas; por ejemplo, pueden disponer que los accionistas votarán a favor de cierta vinculación entre ellas.

En suma, vemos que los contratos de sindicación de voto cumplen la misma función que todo contrato: dar seguridad y certidumbre de que es esencial para la organización de las actividades económicas y en particular de la actividad empresarial, pero especialmente tienen como propósito el control de la sociedad.

Con relación a estos fines, se ha considerado inaceptable por la doctrina³⁷ aquellos contratos que buscan: establecer el control por una minoría o por personas ajenas a la sociedad, durante un período prolongado, con facultades irrestrictas y sin obligaciones definidas; mantener el control de la sociedad indefinidamente en manos de cierto grupo; obtener ganancias a costa de los accionistas que no son parte del acuerdo o de la sociedad; organizar un monopolio ilegal; restringir arbitrariamente la transmisibilidad de las acciones; y suspender indefinidamente los derechos de los participantes en el acuerdo, respecto de las acciones que han quedado sujetas a éste.

5.2 *Sindicato de bloqueo*

Cuando un socio desee abandonar la sociedad, el contrato que lo vincula a la persona jurídica que es la sociedad, no resuelve el contrato, ni retira su aporte, simplemente transmite las acciones. Sin embargo, hay casos en que los socios anteponen a su derecho de libre transmisibilidad otros intereses que juzgan más importantes en ese momento y consienten en limitar

37 Cf. CABANELLAS, G. Op. cit., p. 451.

temporalmente la transmisión de los títulos. Se trata del sindicato de bloqueo.

Antes de entrar de lleno en este tema, se darán algunos alcances sobre la intransmisibilidad de las acciones. En primer término, estamos ante una excepción al principio de libre transmisibilidad que le es propio al derecho patrimonial³⁸. Como se sabe, la incorporación de socio a un título y la participación de éste en el capital de la sociedad, han convertido la acción en un documento apto para la circulación, facilitando así su transmisión³⁹. Ciertamente, la ley admite la posibilidad de establecer limitaciones a la libre transmisión de acciones, pero sin que dichos acuerdos importen en la práctica una prohibición absoluta. Como se puede apreciar existe un conflicto entre el principio de libre transmisibilidad y la validez de los convenios de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones, conflicto que nuestra ley ha resuelto admitiendo estos últimos, aunque no de modo irrestricto. Sin embargo, esta solución deja en pie algunos problemas como luego veremos.

De ahí que se haya afirmado que las cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones

... han de configurarse con extremo cuidado de manera que su mecanismo, que ha de ser perfecto y funcional, no exceda de una mera y justificada limitación de trans-

misibilidad, ni atente al sistema y a la esencia de la naturaleza capitalista de la sociedad anónima (...) y sobre todo a superiores principios del derecho privado...⁴⁰

Es oportuno indicar que las limitaciones a la libre transmisibilidad pueden ser legales o convencionales. Un ejemplo de las primeras se encuentra en el artículo 87 de la LGS, que establece la nulidad de la emisión de certificados de acciones y la enajenación de éstos antes de la inscripción de la sociedad o del aumento de capital correspondiente.

Las restricciones a la libre transmisibilidad de naturaleza convencional pueden incorporarse al pacto social o al estatuto, o ser acuerdos posteriores. En todo caso, en nuestro derecho estos contratos son oponibles a la sociedad siempre que se cumpla con determinados requisitos.

Existen diversos tipos de sindicatos de bloqueo, siendo los principales los siguientes:

- *Los de consentimiento*.- Que subordinan la validez de la transmisión a la aprobación de la sociedad. Estos contratos serán válidos siempre que en la práctica no impidan la transmisibilidad mediante el mecanismo de negar el consentimiento.
- *Los de conocimiento o tanteo*.- Que exigen que el propósito de transmitir se notifique a la sociedad para que ésta o los demás accionistas puedan adquirir, dentro de un determinado plazo y por el precio que se fije, las acciones puestas a la venta. Estos convenios no presentan especial dificultad, siempre que sean completos, es decir, que contengan el sistema para fijar el precio del tanteo, las personas que podrán ejercer

38 La doctrina nacional ha validado entre la indeterminación de la admisión de los pactos de no enajenación (ARIAS-SCHREIBER, Max. *Abogado*. Tomo IV. Lima: Gaceta Jurídica, 1998, pp. 494 y ss.) y el absoluto rechazo de éstos (DE LA FUENTE, Manuel. *El contrato de compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 45). Nosotros no compartimos ninguna de estas posiciones, pues olvidan la enorme utilidad y aplicación que tienen estos pactos en el derecho mercantil.

39 Cfr. BROSETTA PONTI. *Manual de derecho mercantil*. Madrid: Tectos, 1986, p. 228. De ahí que la LGS prescriba la prohibición absoluta a la libre transmisibilidad de las acciones (artículo 101).

40 ÁVILA NAVARRO, P. *La sociedad anónima*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1997, p. 352.

ese derecho y el plazo dentro del cual se tendrá que ejercer.

- *Los convenios.*- Que sólo permiten la transmisión a las personas que reúnan determinados requisitos. Huelga decir que no serán válidas cláusulas discriminatorias como las que se refieran a sexo, raza, religión o cualquier otra circunstancia personal, pues sería atentatorio contra nuestra Constitución y contra los convenios sobre derechos humanos⁴¹.

También pueden admitirse como una clasificación las limitaciones a la libre transmisibilidad que tienen por objeto restringir la transmisión entre vivos y por causa de muerte. En efecto, también es común este último tipo de limitación de transferencia, que operaría como consecuencia de la muerte del titular de las acciones. Sin embargo, es indispensable hacer algunas precisiones sobre este tema. En rigor, no cabe la limitación por transmisión por causa de muerte, pues como todos sabemos el artículo 660 del Código Civil establece que: "Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores". En otros términos, a despecho de que se haya convenido un pacto de limitación de transferencia por causa de muerte, de todos modos los sucesores del causante heredarán las acciones convirtiéndose, aunque sea temporalmente, en socios. En tal situación, lo que acontece es que los sucesores tendrán la obligación de transmitir dichas acciones.

Otro caso singular de limitación de libre transmisibilidad se da en la transmisión

por liquidación social. Esto sucede cuando una sociedad se disuelve y en la liquidación adjudica a los socios acciones de otras sociedades de las que era socia, esa sociedad participada contempla un cambio de socios, y tal vez una proliferación similar a la que se produce por transmisión hereditaria⁴². Esta situación también puede estar contemplada en los pactos de limitación de libre transmisibilidad. De igual modo, los alcances del convenio pueden contemplar la transmisión forzosa.

De otro lado, debemos señalar que cuando se establece un derecho de preferencia como consecuencia de un pacto de limitación de transferencia de acciones, dicho derecho de preferencia puede establecerse en favor de todos los socios (en cuyo caso comúnmente será a prorrata de su participación accionarial) o de socios de una determinada clase, de la sociedad, de terceros o de quienes hayan celebrado el convenio, incluso es posible que se establezca en favor de un solo socio.

Asimismo, debemos reiterar que cuando se establece un derecho de preferencia, lo que en realidad se está sancionando es un derecho de tanteo, es decir el derecho a adquirir por el tanteo. No obstante, este derecho no es inexpugnable, ya que es posible que el socio que pretenda transmitir las acciones burle el convenio fingiendo un precio superior.

Para cerrar el paso a esta posibilidad, en los convenios de limitación de transmisión se suelen establecer mecanismos de valoración; al respecto, debe rechazarse por ilegales aquéllos que dejan al arbitrio de la sociedad la determinación del valor de las acciones cuando es ella misma la que se beneficia con el derecho de preferencia. Esto en aplicación extensiva del artículo

41 Cfr. PARRA, A. "Representación y transmisión de las acciones. Cláusulas limitativas". *Revista de Derecho Mercantil* 203 y 204, España, enero-junio de 1992, p. 236.

42 ÁVILA NAVARRO, F. Op. cit., p. 367.

1543, que declara la nulidad de la compraventa cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes.

En el "sindicato de bloqueo" se persigue restringir la libre transmisibilidad de las acciones o, en su caso, de las que los accionistas pertenecientes al sindicato pudieran adquirir en el futuro. En la práctica, este tipo de sindicato constituye un complemento del sindicato de voto, sobre todo en los países en los que los sindicatos de acciones no están legalizados expresamente, con lo cual adquieren plena efectividad, ya que, de otro modo, las acciones podrían ser transmitidas por algunos de los sindicados. Se impide de esta manera que las acciones se sustraigan al compromiso. En nuestro sistema, al haberse legalizado expresamente los contratos de sindicación, no es indispensable que el sindicato de voto vaya acompañado de un sindicato de bloqueo, pues, en general, le es exigible a la sociedad el contrato de sindicación de acciones, siempre que le haya sido debidamente comunicado.

Sin embargo, la utilidad del sindicato de bloqueo no se restringe a acompañar al sindicato de voto. Las razones por las cuales se conviene pactos de limitación de transferencia de acciones pueden ser múltiples: para mantener la cohesión y estabilidad de la plana gerencial con el propósito de mantener, por un tiempo, determinadas políticas sociales, y cuando se celebran contratos de colaboración empresarial y la otra parte necesita que se garantice continuidad en las políticas sociales. También es posible que los socios sindicados sólo persigan mantener a los mismos socios que actualmente integran la sociedad, sea porque dichos socios reúnen ciertos requisitos, porque les interesa que no ingresen a la sociedad determinadas personas —como por ejemplo la competencia—, o porque simplemente existe un vínculo de con-

fianza; en tal situación, juega un importante papel este tipo de sindicación, pues como se ha visto crea barreras para el ingreso de nuevos socios.

Debemos preguntarnos ahora, cuáles son los requisitos de validez de los contratos de sindicación de acciones de bloqueo.

Según nuestro derecho, en primer término, no pueden haber prohibiciones absolutas, esto es, no está permitido convenir la intransmisibilidad indefinida o permanente. En segundo lugar, dichos convenios no pueden contravenir lo establecido en el pacto social o el estatuto. En tercer término, el convenio de limitación debe contener un plazo determinado o determinable y, en todo caso, no debe exceder de diez años. En cuarto lugar, deberán anotarse en la matrícula de acciones y en el respectivo certificado, de ser el caso, pues puede tratarse de una limitación a la transmisibilidad de acciones anotadas en cuenta. Ciertamente, las partes podrían imponer otros requisitos de validez además de los exigidos por la ley.

Por último, cabe recordar que en el caso de la sociedad anónima abierta se encuentran absolutamente prohibidas las sindicaciones de bloqueo en cualquiera de sus expresiones (artículo 254, LGS).

5.3 Sindicato financiero

Tratándose de los sindicatos financieros, su interés se centra en los títulos —éstos pueden ser acciones, participaciones, bonos, etc., emitidos por la sociedad— y su valor en el mercado, sea que se trate de títulos cotizados en bolsa o no. Este tipo de sindicato revela el desinterés de los sindicados en la gestión o control de la sociedad; se trata pues de actos especulativos enderezados no a invertir sino a especular.

En este sentido, los miembros del sindicato mantendrán los títulos de la sociedad

por el tiempo que sea necesario (por lo general muy poco), hasta alcanzar la rentabilidad que esperan por su transferencia.

Aunque el tipo básico de sindicato financiero es el descrito, lo mismo que en los anteriores casos, existen varias clases, veamos algunas:

- *Sindicatos de emisión o colocación.*- Son los que toman en firme una emisión de acciones o parte de ella, para luego, en una segunda etapa, distribuirla entre el público, obteniendo así un beneficio. Su empleo es prevalente en empresas que requieren una inversión inicial importante de capital y que no reditúan beneficios en forma inmediata.
- *Sindicatos de garantía.*- Son los que buscan la colocación de una emisión de títulos entre el público mediante el pago de una comisión preestablecida, quedando a su cargo la parte no colocada de la emisión que garantizan (este tipo de sindicato comprende la amplísima variedad del *underwriting*).
- *Sindicatos de especulación.*- Son los destinados a provocar alzas o bajas de determinados valores en la bolsa con finalidades y motivos especulativos.
- *Sindicatos de resistencia.*- Son los que tienen por finalidad el agrupamiento o bloqueo de títulos de un grupo de accionistas de la sociedad con el fin de defender la cotización bursátil de dichos títulos. Con ellos se tiende a evitar la baja de cotización de determinados títulos, sea impidiendo el vuelco de gran cantidad de ellos en la bolsa o adquiriéndolos hasta donde pueda para mantener su precio⁴³.

A esta clasificación el jurista nacional Ulises Montoya agrega los de "rescate", que pretenden garantizar al suscriptor, en la colocación privada de acciones, la posibilidad de negociar sus títulos posteriormente, pues al no estar cotizados en bolsa sus acciones, la dificultad en la negociación impide la colocación masiva de los títulos. Todos estos sindicatos están formados por accionistas y no accionistas, lo que no ocurre con los sindicatos de voto y los de mando, que están integrados sólo por socios⁴⁴.

En síntesis, puede afirmarse de los sindicatos financieros que prima el interés en los títulos, considerados éstos como título valor y por tanto como un elemento patrimonial, y no como el instrumento que otorga al socio un haz de derechos vinculados a la administración y gestión de la sociedad. Quienes celebran este tipo de contrato desean permanecer al margen de la sociedad, pero no al margen del precio de las acciones.

5.4 Sindicato de la administración

Sin duda, uno de los contratos parasocietarios más controversiales es el sindicato de la administración, conocido también como contrato de la administración. De ahí nuestro interés en dedicarle unas líneas en este trabajo.

A menudo, quienes deciden formar una sociedad o incorporarse a ella consideran que las normas legales en materia de la administración societaria son insatisfactorias desde el punto de vista de sus intereses. Los socios no están dispuestos a invertir su dinero sobre la base de líricos enunciados como el que establece que: "Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un repre-

43 HALPERIN, Isaac. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Año 5, Nº 25 a 30. Buenos Aires, 1972, p. 705.

44 MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Op. cit.*, pp. 212-213.

sentante leal⁴⁵. Se hace necesario, entonces, contar con instrumentos jurídicos que provean esa seguridad que exigen los socios. Uno de esos instrumentos son los contratos de la administración.

Se trata de sindicatos que vinculan a los directores con los socios o a aquéllos con terceros. En otras palabras, estamos ante un sindicato de la administración cuando los directores (la totalidad o un grupo de ellos) compromete su actuación en la sociedad. Por la naturaleza del cargo de director y por la función que cumple en la sociedad, estos contratos han sido objeto de un arduo debate respecto de su legalidad, siendo vistos a menudo con desconfianza, pues limitan la libertad de los directores en el ejercicio de sus funciones y eventualmente pueden conducir al incumplimiento de éstas y llegar a afectar el interés social.

Existe una clara diferencia entre el sindicato de acciones y el sindicato de administración. En la sindicación de acciones quienes se vinculan son los socios comprometiendo su voto en determinado sentido. Hay que recordar que los socios son "dueños" de su voto y pueden dar a éste el destino que estimen conveniente. En la sindicación administrativa los que se obligan son los directores, quienes por mandato legal deben actuar siempre en beneficio de la sociedad y no directamente en favor de un grupo de socios⁴⁶. Sin embargo, debemos precisar que es posible que un director o un conjunto de directores que hayan celebrado un sindicato de administración, al propio tiempo sean socios de la empresa.

Ahora bien, como decíamos antes, estos contratos han sido cuestionados con dure-

za, principalmente porque implican en cierto modo una renuncia a las funciones de director. En este sentido, conviene preguntarse hasta qué punto estos contratos suponen una alteración a las normas imperativas que en materia de organización social han sido establecidas por la Ley General de Sociedades.

Siguiendo un criterio negativo podría decirse que los directores y los demás administradores son personalmente integrantes de los órganos societarios respectivos, y un contrato que los obligara a actuar de determinada manera o siguiendo las instrucciones de un tercero implicaría transferir sus atribuciones. Un contrato que restringe la libertad de actuación del director, aun si fuera suscrito por la totalidad de los socios, implicaría una modificación de la estructura orgánica de la sociedad que colisionaría con normas imperativas⁴⁷. De este modo los contratos de la administración ubican al principal órgano societario en una situación de dependencia frente a terceros o a los socios.

No obstante, la experiencia ha demostrado que no es posible proscribir absolutamente estos contratos. Los contratos de administración que fijan lineamientos que no colisionan con el interés social, en principio, no tienen por qué ser calificados de ilegales. En este sentido, se han considerado válidos por la doctrina los contratos de la administración referidos a:

- la elección del presidente del directorio,
- el nombramiento de funcionarios de la sociedad, y
- la aprobación de la transferencia de acciones u otras participaciones⁴⁸.

Nosotros creemos que no es posible cerrar los ojos ante una realidad tan patente

45 Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. "Contratos relativos a la administración societaria". *Revista de Derecho Comercial y de la Obligación*. Buenos Aires, 1990, p. 525.

46 *Ibidem*, p. 529.

47 *Ibidem*, pp. 532-533.

48 *Ibidem*, p. 536.

como la vinculación de los directores a determinado grupo de accionistas. Además, esta vinculación ha sido reconocida en cierto modo por la LGS, cuando permite la elección de directores por voto acumulativo. Esta forma de elección crea una relación entre los socios y los directores. Por ello es irreal pensar que los directores no están vinculados a los accionistas que los eligen. Estos directores no serán insensibles a los requerimientos de sus electores. Por lo tanto, el problema no reside en el hecho de que un director forme parte de un contrato de la administración, sino en el contenido de dicho contrato, esto es, del tipo de obligación que asume el director.

En lo que se refiere a nuestra legislación, hay que preguntarse si el artículo 8 de la LGS ha legalizado este tipo de contratos. Nosotros creemos que, pese a la generalidad del citado artículo, en nuestro ordenamiento no es posible predicar categóricamente su legalidad, pues habrá casos en los que estos acuerdos se enfrenten al interés social y otros en los que, precisamente, sean el medio más seguro para garantizarlo.

De ahí que tal vez convenga hacer una distinción entre contratos que conciernen a la gestión y los que versan sobre composición y organización del directorio. En este sentido, serán ilícitos los contratos de la administración que exoneren anticipadamente de responsabilidad a los administradores, igualmente sería ilícito el pacto por el que se asumiese de modo genérico y anticipado la obligación de votar la aprobación de cuentas que presentasen los administradores o votar en el sentido que indiquen los administradores, supuestos que constituirían la otra faceta censurable de un pacto de sindicación con los administradores⁴⁹.

Por consiguiente, mientras no se produzca colisión de intereses entre la sociedad y el contrato de la administración, no es posible calificar de ilegal estos acuerdos, pues están amparados por el principio de la autonomía de la voluntad y por el propio artículo 8 de la LGS. Sin embargo, todos estos acuerdos deben verse desde el prisma que ofrece el artículo 180 de la LGS, que establece que los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social.

6. OPERATIVIDAD DEL CONTRATO

Por el tipo de obligaciones que se generen en este contrato, con frecuencia su ejecución ha sido un problema para las partes. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones convenidas es común en otros países depositar las acciones en poder de un tercero sin transferirle la propiedad, otorgando además a un "síndico" poderes para votar en la junta general en el sentido acordado por el sindicato, que es el que en definitiva adopta las decisiones por mayoría o unanimidad en reuniones de socios sindicados⁵⁰. En nuestro ordenamiento esta metodología, la de depositar las acciones, no es necesaria, desde que para el derecho nacional la figura no solamente se ha legalizado, sino que se ha sancionado su exigibilidad frente a la sociedad (artículo 8); de esta manera, pese a que la sociedad no es parte del contrato, estará obligada a cumplirlo en lo que le atañe.

No obstante, si bien es cierto que el depósito de las acciones no es necesario, sí lo es por razones operativas la designación de un síndico o representante al que se le

49 Cfr. Sánchez Carlos J., vs. Banco de Avellaneda S.A. y otros (C.N. Com. Sala C, 22/9/82) Buenos Aires, 1982. Esta jurisprudencia ha sido reproducida en MARTORELL, Ernesto Eduardo. Op. cit., pp. 186 y ss.

50 Cfr. MARTORELL, Ernesto Eduardo. Op. cit., p. 178.

otorgue los poderes suficientes para que cumpla con lo acordado por el sindicato. Ciertamente, es posible que se convenga una sindicación de acciones sin que se otorgue poderes a un síndico, de suerte que sean los propios socios sindicados los que ejecuten en la junta lo acordado por el sindicato. Sin embargo, estando permitida en nuestro sistema societario la representación (artículo 122, LGS), no se advierte obstáculo para su implementación. Con todo, es necesario advertir que cuando se trate de poder irrevocable, el plazo no podrá exceder de un año, según lo establece el Código Civil en su artículo 153.

Sin duda, el plazo máximo establecido por el Código para el poder irrevocable, es una seria limitación para la operatividad de los contratos de sindicación que se prolongan más allá de un año. Mientras esta limitación persista no queda más alternativa que renovar anualmente dichos poderes o dejar que los socios sindicados cumplan directamente en la junta general con lo acordado por el sindicato.

Desde luego, pueden ensayarse otras formas de implementar este contrato, tal como acontece en otros países donde no se ha legalizado expresamente la figura. Una de esas formas es la utilización del fideicomiso. Como se sabe, el fideicomiso es una relación jurídica —a menudo un contrato— mediante la cual el fideicomitente (los accionistas) transfieren bienes (las acciones) al fiduciario (el síndico) para la creación de un patrimonio fideicometido (algo así como un patrimonio autónomo), destinado a un fin específico en favor del fideicomisario (el sindicato de acciones).

Sin embargo, si convenimos que el derecho privado debe ser un elemento facilitador de las operaciones económicas, no hay razón para que quienes deseen celebrar contratos de sindicación tengan al propio tiempo que recurrir a figuras que complican

su implementación; de donde se desprende la necesidad de incluir en la LGS una excepción al plazo establecido por el Código para los poderes irrevocables.

Con relación al tema que estamos tratando, la operatividad del contrato, conviene referir las cláusulas que con mayor frecuencia integran la sindicación de acciones:

- Cláusula referida a los accionistas y el número de acciones sindicadas (aunque es posible, no es frecuente que un accionista que posee un importante grupo de acciones síndique sólo parte de ellas).
- Cláusula de determinación del tipo de sindicato: de mando, de bloqueo, financiero, etc.
- Cláusula que establece si el sindicato que se ha convenido es para un asunto en particular, una junta general o de manera indeterminada.
- Cláusula sobre el plazo de duración.
- Cláusula que determina la modalidad del ejercicio del voto, es decir cómo y por medio de quién votará el sindicato en la junta general: directamente mediante los socios sindicados, un representante, u otras.
- Cláusula o cláusulas referidas a la creación de una organización que tiene como propósito ejecutar el contrato.
- Cláusula sobre obligaciones de los accionistas sindicados.
- Pactos sobre limitación a la libre transmisibilidad de las acciones sindicadas.
- Cláusula de arbitraje.
- Cláusula penal, sanciones o multas para los miembros del sindicato que violen los acuerdos del sindicato.
- Otorgamiento de poderes al síndico (de ser el caso) para su participación en las juntas generales⁵¹.

51 Cfr. MARTORELL, Ernesto Eduardo. Op. cit., p. 182.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PRESENTA LA FIGURA EN NUESTRO DERECHO

Como dijimos al principio de este trabajo, la legalización de este contrato por nuestro sistema no soluciona todos los problemas que se generan con él. Uno de estos problemas es la duración de estos contratos. La doctrina y la jurisprudencia extranjera se han ocupado del tema, planteando que un contrato que escinda permanentemente el derecho de voto y la titularidad de la acción es cuando menos cuestionable, pues se renuncia al derecho político más importante que poseen los socios. Por ello, en otros sistemas se estableció un límite temporal a estos contratos.

Así como sucede en Estados Unidos, en donde pese a no cuestionarse la legalidad de estos acuerdos, existe la tendencia a evitar la "congelación" de la participación del socio en ellos, proscribiendo los mecanismos que le impidan revisar su situación. Con dicho propósito, se fija un plazo máximo de diez años para la duración de estos contratos, además de requerirse el registro como condición de validez (artículo 6, secs. 21 de la Business Corp. Law, para el Estado de Nueva York, pero adoptado por la mayoría de los estados de la Unión).

En semejante sentido en el Brasil se admiten estos contratos con plazo indeterminado, es decir, las partes podrán poner fin al contrato en el momento en que estimen conveniente; no obstante, si convienen un plazo fijo para su contrato, éste no podrá exceder de los diez años.

Nosotros creemos que existen fundadas razones para establecer un plazo máximo de duración de estos contratos; la primera de ellas es que el derecho de voto es el principal derecho del accionista, renunciar

a él es, en cierto modo, abandonar el mecanismo que la ley otorga para participar directamente en los destinos de la empresa; la segunda razón se relaciona con la posibilidad de que cambien las condiciones que llevaron al socio a celebrar el contrato; si celebra una sindicación de voto, cediendo permanentemente su derecho a voto, su posición habrá quedado congelada, no teniendo opción de recuperar su derecho a participar en la conducción de la sociedad.

Según la jurisprudencia alemana, "los derechos políticos (...) están ligados necesariamente con la participación social y, por tanto, no pueden ser separados de ella y transmitidos independientemente". Este principio debe entenderse como uno de los "principios que configuran la sociedad anónima" y que se hace extensivo a todas las agrupaciones voluntarias de personas, sociedades o asociaciones. Tal principio no queda desmentido por la escisión legal de los derechos políticos en caso de usufructo y prenda de acciones que la mayoría de leyes societarias permite (en el derecho alemán), ya que en ellos no se produce separación de facultades aisladas, sino que la participación o condición de socio está gravada totalmente por un tercero, o sea, que es una consecuencia de la división del contenido económico de la participación, al cual sirven o deben servir los derechos políticos y no separarse de éste⁵².

En suma, la cesión permanente del voto atentaría contra un principio que rige el derecho societario, la inescindibilidad de los derechos políticos respecto de la acción, por lo que nosotros reiteramos nuestra propuesta de que se establezca un plazo máximo para estos contratos.

52 Cf. GULLÁ VICENT, E. Op. cit., pp. 6.256-6.257.

Por otro lado, con frecuencia se piensa que para formar parte del contrato de sindicación hay que ser necesariamente accionista; nuestra ley en armonía con la doctrina más autorizada admite la posibilidad de que estos contratos también sean celebrados por terceros. Según Serra Mallol⁵³, es perfectamente posible que terceros ajenos a la sociedad sean parte de estos contratos; se trata del denominado sindicato complejo que admite, por ejemplo, la participación de titulares de obligaciones convertibles para el momento en que sean titulares de acciones; o de titulares de acciones o participaciones de otra sociedad que es titular de acciones de la sociedad en la que se crea el sindicato.

Sin embargo, la admisión de terceros en estos contratos puede generar algunos problemas, en especial el denominado tráfico de votos. Estamos en presencia de esta figura cuando la obligación asumida por el accionista respecto de su derecho de voto genera una contraprestación de parte del sujeto no accionista, lo que en caso que esto importe la obtención de determinadas ventajas, se trataría de compra o tráfico de votos, lo cual entrañaría la nulidad del pacto, según opinión generalizada de la doctrina y la jurisprudencia, de donde se desprendería que tales pactos deben celebrarse a título gratuito⁵⁴. Con relación a este punto, conviene recordar que en estos contratos en principio no hay contraprestación, pues no estamos ante contratos con prestaciones recíprocas, sino con prestaciones autónomas. No obstante, en un sentido no jurídico, cuando el contrato de sindicato se celebra entre socios, en cierto modo, la contraprestación que recibe cada una de las partes sindicadas es la conducta conjunta del resto de los sindicados.

Ahora bien, si la doctrina ha señalado que el tráfico de votos, es decir, la "venta" del voto es nula, conviene preguntarnos por qué es nula.

Recordemos que la nulidad es una sanción legal, la más severa de todas, pues priva de validez, de existencia jurídica y de eficacia al acto. La nulidad se da cuando el acto no cumple con los recaudos de validez exigidos por la ley para el tipo legal que se pretende ejecutar. Hablamos de nulidad absoluta cuando el requisito que se incumple colisiona con normas de orden público; y de nulidad relativa cuando el defecto afecta normas que protegen el interés privado.

Por último, es oportuno apuntar que el sistema de nulidades, en el derecho privado peruano, se basa en un esquema de *numerus clausus*, es decir, las causales de nulidad recogidas en el artículo 219⁵⁵ del C.C. son taxativas, por lo tanto, sólo podrá ser declarado nulo un acto por dichas causales.

Planteadas las cosas en estos términos, debemos preguntar: ¿en cuál de las causales de nulidad cae el tráfico del voto? Nosotros creemos que es difícil hablar de una causal de nulidad. Tampoco creemos sostenible la nulidad basada en que estos contratos estarían destinados a alterar normas imperativas y de orden público de la organización societaria, y por tanto caerían en el inciso 8 del artículo 219 y el artículo V del título preliminar del C.C., pues el análisis

53 SERRA MALLOL, A. Op. cit., p. 171.

54 MONTOYA, Ulises. Op. cit., p. 207.

55 El acto jurídico es nulo a) cuando falta la manifestación de voluntad del agente, b) cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358, c) cuando su objeto es físico o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable, d) cuando su fin sea ilícito, e) cuando adolezca de simulación absoluta, f) cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad, g) cuando la ley lo declare nulo, h) en el caso del artículo V del título preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

sis de nulidad no debe hacerse en un plano genérico, sino de una manera específica, y en este sentido tendría que indicarse concretamente qué norma de orden público es la que se transgrede con estos contratos. Como no es posible dar una respuesta puntual respecto de la norma violada, dichos contratos superan el examen de legalidad.

Con todo, la conclusión nos deja un cierto sabor a insatisfacción, pues sabemos más allá del mero análisis legal que el tráfico del voto es pernicioso para la sociedad, como pernicioso es el tráfico del voto electoral, razón por la cual es penado en el Código Penal. Por ello, consideramos que sería conveniente limitar este tipo de contratos.

Según lo expresáramos anteriormente, otro de los problemas que presenta este contrato es el que se da cuando se nombra un síndico con poderes irrevocables para la ejecución de los acuerdos del sindicato. Como sabemos, la revocabilidad es regla esencial del poder que encuentra su excepción en los siguientes casos: a) cuando se otorga para un acto especial, b) al ser dado por un tiempo limitado que no podrá ser mayor a un año, c) cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero (artículo 153, C.C.). Puede observarse que el texto del citado artículo es una limitación difícil de superar para los contratos de sindicación.

Para subsanar estos inconvenientes se ha recurrido a distintas fórmulas; la principal de ellas es la entrega de títulos, bien al sindicato, bien a una institución designada a tal efecto, con el propósito de garantizar el cumplimiento; también es usual la inclusión de cláusulas penales; sin embargo, nosotros creemos que el problema se solucionaría estableciendo una excepción en la LGS al artículo 153, pues la función del de-

recho es facilitar las transacciones, no entorpecerlas.

8. CONCLUSIONES

Para cerrar este trabajo, quisiéramos compartir algunas conclusiones a las que nos ha conducido el desarrollo de este tema y que, en cierto modo, ya fueron insinuadas a lo largo de estas páginas.

Los contratos parasocietarios, y en particular la sindicación de acciones, ya existían antes de ser reconocidos legislativamente por la ley. Sin embargo, el problema que presentaban era la eficacia de estos contratos, pues si bien la autonomía de la voluntad y la libertad de contratar los hacían posibles, era difícil hacer que se cumplieran, pues tratándose de una relación contractual sólo comprometía a las partes y no a la sociedad, que resultaba un tercero en dicho contrato; además, algunas normas de nuestro propio ordenamiento hacían inviables jurídicamente determinados acuerdos como la prohibición temporal de transferir las acciones (artículo 882, C.C.).

Si bien nuestro sistema ha liquidado el debate sobre la legalidad de estas figuras, aún sobreviven algunos problemas vinculados a su operatividad y a algunos tipos de estos contratos. Desde luego la solución no pasa por su tipificación, pues ello sólo conduciría a limitar su desarrollo. Con esto no pretendemos afirmar que la tipificación de un contrato supone su congelamiento, numerosos ejemplos rebatirían sin dificultad tal afirmación, sólo planteamos que este contrato no está lo suficientemente vulgarizado en nuestro sistema para proceder a su tipificación. No obstante, sí es necesario regular algunas cuestiones que favorecerían su aplicación y darían una mayor seguridad a quienes participan en él. En efecto, cree-

mos que es conveniente dar un paso más en la regulación de estos contratos, no necesariamente regulándolos en su integridad, pero sí se debe normar sobre ciertos aspectos como el plazo del sindicato de voto, el establecimiento de una excepción al límite del plazo del poder irrevocable señalado por el artículo 153 del C.C., la limitación del tráfico del voto, etc.

Desde los tiempos en que un importante sector de la doctrina (Vivante, Ascarelli, Fargosi⁵⁶) sostenían que estos contratos eran inválidos, fundados en el hecho de que se formaban mayorías artificialmente o que se ponía a un socio o grupo de socios bajo el dominio de otros, hasta nuestros días, en que numerosas legislaciones han sancionado su plena legalidad, estos contratos han demostrado no sólo su utilidad, sino también su fuerza renovadora en el derecho societario.

En efecto, la incorporación de esta figura ha permitido que el derecho societario se revitalice, pues para su admisión legal, ha sido preciso realizar una relectura a mu-

chas de las figuras societarias, como las acciones, el derecho de voto, el interés social e incluso el concepto mismo de sociedad. Ello ha conducido a una renovación del derecho societario; ciertamente, esta renovación se debe concomitantemente a otros factores, pero es innegable el papel que ha jugado el fenómeno del control de las empresas y, dentro de él, los contratos de sindicación.

Por lo tanto, esto nos lleva a afirmar, por un lado, que los contratos de sindicación han contribuido a la dinamización del derecho societario, y por otro, que son una expresión del fenómeno del control de las empresas que el derecho deberá seguir atentamente para impedir su desborde en perjuicio de los socios no sindicados o terceros.

Otra conclusión a la que podemos arribar es que el tema relativo a la validez de este tipo de contratos ha sido superado por nuestro derecho societario afirmativamente. Aun cuando no existe una exposición de motivos que señale expresamente cuáles fueron las razones que condujeron al legislador societario a incorporar en nuestro derecho esta figura, podemos deducir que jugaron en su decisión las siguientes razones:

- Pese a ser el principal derecho del accionista, el voto no puede ser considerado como un derecho personalísimo, por lo que es perfectamente posible realizar negocios con relación a él. Actualmente existe plena aceptación en la doctrina sobre la disponibilidad del voto.
- El interés social no consiste en un interés superior, en un interés extraño a la persona del socio. Son los socios los que definen y determinan el interés social. Ello elimina el carácter reprochable que en un primer momento tuvo esta figura, basado en el hecho de que

56 Fargosi llegó a argumentar lo siguiente: "... entiendo que los sindicatos de voto son totalmente ilícitos en el régimen estructurado en la materia de la deliberación de la asamblea, en el Código de Comercio la asamblea tiene que ser el producto o la adhesión asamblearia, de la deliberación y el voto, en el acto de la asamblea. El sindicato de voto implicaría -prescindiendo de la legitimidad o no que condujo a la celebración de sindicato- que la decisión asamblearia no fuera la consecuencia de la deliberación y el voto, en el acto de la asamblea, sino de un pacto tomado con anterioridad, porque es claro el ejemplo clásico de la doctrina, particularmente de la doctrina italiana, donde, por ejemplo, un sindicato de acciones del 51% de las acciones de la sociedad, impone la decisión de un voto determinado con la mayoría simple dentro del sindicato, con lo cual viene a ocurrir que el 26% de las acciones de la sociedad, establece y determina la voluntad societaria que se adopta fuera de la deliberación...". HALPERIN, Isaac. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Año 5, Nº 25 a 30. Buenos Aires, 1972, p. 706.

los intereses que defiende el sindicato no son los de la sociedad.

- El hecho de que es posible que las decisiones sobre los destinos de la sociedad, la voluntad social, se puedan tomar fuera de la asamblea general. En nuestro derecho esto no admite dudas, desde que se aceptan la copropiedad de acciones (artículo 89, LGS), el voto por representación (artículo 122, LGS) y el usufructo y prenda de acciones con cesión del derecho de voto (artículo 90).

Finalmente, como decía P. Samuelson, la ciencia avanza funeral tras funeral, nunca se detiene. En efecto, sobre los escombros de conceptos que ayer nos parecían inexpugnables, hoy se alzan nuevas figuras que contradicen abiertamente lo que antaño creímos claro e irrefutable. Tal lo que sucede con todas las figuras societarias que hoy tienen que ser redefinidas. Según expresó Garrigues refiriéndose a la sindicación de acciones, el contrato de sindicación de acciones nos obliga a abandonar la visión romántica del derecho societario.