

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LOS CONTRATOS PARASOCIALES. LÍMITES, ALCANCES DE SUS EFECTOS Y ADMISIBILIDAD DE CAUTELARES PARA GARANTIZAR SU CUMPLIMIENTO

Emanuel Nagel

SUMARIO:

Tal como ocurre con otros institutos propios del derecho comercial, el paso de los años ha ido modificando las principales cuestiones jurídicas que son objeto de estudio y de discusión en esta temática. Así pues, en el derecho societario moderno ya no se discute sobre la licitud de los convenios de voto, sino que la problemática de los acuerdos parasocietarios se proyecta hacia otros campos. Uno de ellos es justamente el de la oponibilidad de dichos acuerdos a la sociedad, a los accionistas no firmantes y a los terceros que contratan con la sociedad o con los socios sindicados. Estos son los puntos que pretende abordar este trabajo, incorporando también la referencia a la posibilidad de disponerse medidas cautelares como garantía de cumplimiento del acuerdo parasocial.



I. Introducción

De amplio conocimiento es que, en la década de los ochenta, como un hito fundamental en apoyo de la licitud de los convenios, se resolvió el Leading Case “*Sánchez c. Banco Avellaneda S.A.*”¹ en el cual –con un voto ejemplar del maestro Anaya– se sentó la doctrina correcta: aun cuando tengan la potencialidad de incidir sobre la estructura societaria, los acuerdos de sindicación no son ilícitos per se, sin perjuicio de que dicha ilicitud pueda surgir en el caso concreto.

Dicho pronunciamiento –formador de un criterio que sería reiterado por la jurisprudencia– ha establecido que el análisis de la validez de los pactos de sin-

¹ “*Sánchez c. Banco Avellaneda S.A.*”, CNCom, sala C, 22/9/82

dicación de acciones, debe partir de una concepción moderna del contrato de sociedad, acorde con la realidad, pues de lo contrario se caería en el error de pensar en una sociedad anónima “romántica y democrática” que no es ni más ni menos que una utopía de principios el Siglo XX. Y asimismo, también destacó que la atomización de los accionistas no es de la naturaleza de la sociedad anónima y que por el contrario, el interés del accionista y la estructura misma de la sociedad incita a buscar reagrupamientos para desarrollar una política común y duradera, a través de convenciones de voto cuyo límite está dado por la preeminencia del interés social.

En estas condiciones, y en el estadio actual del debate en esta cuestión puede darse por confirmado que los pactos de sindicación son válidos y que ninguna regla imperativa del ordenamiento de la sociedad anónima resulta vulnerada por el hecho de que la voluntad de algunos accionistas se haya formado con anterioridad a la celebración de la asamblea, no produciendo entonces ninguna violación del sistema de mayorías establecido por la ley de sociedades.

Los contratos parasociales, tienen como elementos característicos, su extraneidad respecto del contrato de sociedad al cual se vinculan y su disciplina específica, que es –quizás– en parte derogatoria del sistema societario. Están dirigidos justamente a incidir en el funcionamiento de una sociedad, y no se trata técnicamente de sujetos con una personalidad jurídica diferenciada respecto a la sociedad en cuyo funcionamiento pretenden influir. Tampoco se trata de un tipo o subtipo societario específico, sino de una compleja estructura empresarial, aunque concretamente en lo que a este aspecto –el pacto– refiere, su naturaleza jurídica es la de un contrato con función de organización y de carácter parasocial. De esta forma, el marco legal dentro del cual corresponde encuadrar el análisis de derivados de estos acuerdos es el de los contratos bilaterales, considerando al pacto como fuente de derechos y obligaciones recíprocas entre los firmantes y debiendo ser celebrado, interpretado y cumplido de buena fe –cfr. Arts. 961 y 1061 CCyC– y dando lugar ante supuestos de incumplimientos graves, a pedir la resolución –art 1083 CCyC–.

No es motivo del presente definir, clasificar ni explayarse sobre las características y modalidades del contrato de sindicación de acciones sino, luego de realizada esta consideración de aspectos genéricos, adentrarse en el análisis de algunas cuestiones específicas que resultan discutibles hoy, y que sin dudas son aspectos atendibles de cara a una eventual regulación de estas figuras –hasta hoy no reguladas específicamente–.

II. La libertad de contenido del acuerdo y sus límites

Una de las principales cuestiones pasa por establecer si en el ámbito de los acuerdos de accionistas rige en su plenitud el principio de autonomía de la vo-

luntad –art. 958 CCyC–, o si por el contrario, dada la vinculación de este con el contrato social, debe respetar ciertos límites que vienen impuestos por el ordenamiento societario. Mencioné que existe consenso mayoritario en ubicar este tipo de acuerdos dentro del ámbito contractual. No obstante ello, la influencia societaria no debe ser dejada de lado atento que estos pactos nacen para incidir directamente en la formación de la voluntad social ².

La dificultad pasa por determinar con un criterio general, cuáles son los límites a la autonomía negocial que estos convenios deben respetar. A partir de un repaso de opiniones de autores nacionales y extranjeros que analizan la temática, me permito proponer algunos ítems, que probablemente deban erigirse como límites a la libertad contractual frente a un eventual proceso de regulación legislativa de los convenios parasocietarios:

- En primer lugar, no deberían incluirse normas que alteren la estructura orgánica de la sociedad o que afecten el orden público societario. De manera que el pacto no será exigible entre quienes lo celebraron si se incorporaran reglas contrarias a los principios configuradores del tipo societario. Debe analizarse primeramente el problema fundamental de la superposición regulatoria. El tema que analizamos, gira en torno a la distinción entre el contrato social (o configuración estatutaria) y el convenio parasocial, presentándose estos como dos regulaciones contractuales relativamente análogas, regulatorias de intereses similares o complementarios, con el fin de evitar que este último pueda ser considerado como una estipulación ilegítima mediante la que los socios pretenden subvertir elementos esenciales del tipo. La cuestión aquí debería analizarse en cada caso concreto, ponderando para llegar a adecuadas interpretaciones, que en muchos casos pueden resultar difíciles, sobre todo cuando se enfrenta el juzgador frente a un verdadero ordenamiento parasocietario minuciosamente reglamentarista.

- También los límites deberían jugar en caso de casos en que se constituyan acuerdos persiguiendo intereses contrarios al interés social ³. Esto último, claro está, juega como un principio general que deberá precisarse en cada caso concreto, dado que será muy poco frecuente que de los propios términos contractuales

² Cf. MAMBRILLA RIVERA, Vicente M., “Los pactos parasociales y la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas: análisis de su tratamiento en la Ley 26/2003”, en Revista de Sociedades núm. 22/2004 1, Cuestiones, ps. 205 a 250, Editorial Aranzadi S.A, Pamplona, España, 2004.

³ BUTTY, Enrique Manuel, “Sindicación de acciones: Aspectos generales y particulares”, en “Negocios parasocietarios”, págs. 22 a 33, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994. Y en el mismo sentido: MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Sindicación de acciones. Contornos jurídicos de los acuerdos de accionistas”, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 224 y siguientes.

surja con evidencia la intención de violar el interés social. De hecho se ha dicho, que “La consecución de los intereses de los socios, mediante un pacto de sindicación de acciones, no importa de suyo un vejamen para el interés social, que no es extraño, superior o diferente del que concierne al socio, si no se demuestra que medie contradicción entre ellos ni específica situación de conflicto; extremo tanto más insoslayable cuando se acepta que la validez de los sindicatos no puede ser genéricamente negada”⁴.

- Por otra parte, y desde un punto de vista práctico deberían también –frente a una eventual regulación– establecerse como nulas las cláusulas que: impongan a los administradores obligación de seguir en todo momento lo que resuelva el sindicato⁵; obligar a los sindicatos a seguir siempre las instrucciones de los administradores y aprobar todas las propuestas de su gestión; liberar a los administradores de responsabilidad por seguir las instrucciones de los sindicatos, renunciando de esta manera anticipadamente a las acciones de responsabilidad⁶; y las que eliminen o restrinjan derechos inderogables como el de receso, el de suscripción preferente, el de información o incluso el de impugnar los estados contables⁷.

De esta forma, y como principio general, manifiesto que tratándose de regulaciones que hacen exclusivamente a cuestiones patrimoniales, en las que no se afectan principios esenciales de derecho societario ni la estructura orgánica establecida legalmente para el funcionamiento de la sociedad por acciones, debe admitirse la validez de las cláusulas contractuales extra estatutarias siempre que exista una causa lícita que motive a las partes –cfr. Arts. 1013 y 1014 CCyC– y que no estemos frente a hipótesis de fraude a la ley⁸. Incluyendo aquí, también

⁴ CNCom., sala C, “Sánchez, Carlos J. c. Banco de Avellaneda, S. A. y otros”, 22/09/1982, La Ley, 1983-B, 257, con comentario de MATA Y TREJO, Guillermo, “Un fallo trascendente sobre la validez de los sindicatos de accionistas de sociedades anónimas”.

⁵ “Los pactos de sindicación de accionistas destinados a tener operatividad sobre el ámbito del directorio no pueden constituirse en instrumentos de subversión de la estructura orgánica de la sociedad, alterando la distribución de competencias y el régimen de actuación que la ley atribuye a los órganos sociales...” (CNCom., sala C, “Sánchez, Carlos J. c. Banco de Avellaneda, S. A. y otros”). Y en el mismo sentido: *El Directorio en las Sociedades Anónimas*, Estudios en Homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola, ps. 335 a 346, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

⁶ ROVIRA, Alfredo L., “Pactos de socios”, Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 333 y 334

⁷ ROVIRA, Alfredo L., ob. cit, p. 201.

⁸ “Una cosa es que determinados puntos de la disciplina típica puedan modificarse teniendo en cuenta la ratio de la norma y las particularidades del supuesto de hecho y otra muy distinta que se aplique en bloque toda una institución para alcanzar objetivos derechamente opuestos a los que con esta última se persiguen, dando lugar a una desna-

aspectos que no podrían ser incluidos en un estatuto social por disposición legal, pero que sí podrían integrar el contenido de un convenio de accionistas, por ser en este último más amplia la libertad de contratación y determinación por las partes⁹. Vale aclarar brevemente, que esto último pierde mucha importancia hoy frente a la sanción de la Ley 27.349 que incorpora a la SAS a nuestro ordenamiento, dando allí un muy amplio espacio para la autonomía de la voluntad en el diseño y funcionamiento de sociedades por acciones e incluso poniendo sobre la mesa también la discusión acerca de la subsistencia –o no– de normas imperativas en el ordenamiento societario.

III. La problemática de la oponibilidad del acuerdo de accionistas

Uno de los más importantes aspectos que hoy mantiene actualidad en esta temática, es aquel relativo a la determinación de cómo y con qué extensión, los contratos de sindicación producen –o en su caso, pueden producir– efectos con respecto a la sociedad, a los socios no sindicados, y a terceros que contraten con estos últimos. En definitiva, cuál es el alcance que debe reconocérseles a este tipo de negocios en materia de oponibilidad respecto a sujetos no firmantes. Este tema, tiene su origen en lo que hace varios años manifestara Anaya sobre la ‘fragmentación societaria’: los convenios otorgan derechos e imponen obligaciones al margen del estatuto (extra estatutariamente), fragmentando de esta manera el contrato social y creando –si se reconoce su oponibilidad a terceros– acuerdos con “alcance real”. Así, el referido autor aludía a la naturaleza individual y a los efectos meramente obligacionales de los contratos parasociales, distinguiéndolo de la naturaleza corporativa de las relaciones societarias y sus efectos “reales”¹⁰.

turalización del tipo y a la utilización abusiva y en fraude de ley del dispositivo legal”, FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis; GARRIGOS JUAN, Antonio Manuel y SANCHEZ ALVAREZ, Manuel María, ob. cit., capítulo III, punto 1.

⁹ FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis, GARRIGOS JUAN, Antonio Manuel y SANCHEZ ALVAREZ, Manuel María, “Sindicato de voto y de bloqueo” en Revista de Sociedades, núm. 5/1995 2, ps. 179 a 202, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, España, 1995, capítulo III, punto 1.

¹⁰ ANAYA, Jaime L., “La sindicación de acciones”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, segunda época, año XLI, número 34, 1996, Buenos Aires, 1997, p. 148.

III. 1. El caso de sindicaciones totalitarias.

Parece que hoy, resulta insostenible manifestarse en el sentido tradicional de la inoponibilidad de los pactos, al menos con respecto a la sociedad, y en ocasiones también en relación a socios no sindicados. La doctrina ha comenzado a identificar algunas situaciones, en las que la oponibilidad al ente no requeriría de una reforma legal para ser operativa, y es la hipótesis de los acuerdos suscriptos por la totalidad de los socios o accionistas. Cuando exista coincidencia plena entre los otorgantes del contrato social y los firmantes del pacto parasocietario, y además este sea depositado y registrado en la sede social, ninguna duda cabe que lo acordado en este último instrumento es plenamente oponible a la sociedad de que se trate¹¹.

Elementales consideraciones de buena fe y la repulsa del ordenamiento al abuso de derecho, –siempre que concurren los requisitos esenciales para la validez de los contratos–, llevan a concluir que el convenio tendrá plena fuerza vinculante entre quienes lo suscriben y que no será factible admitir la inoponibilidad de este respecto a la sociedad. En este sentido, ha resuelto la jurisprudencia que señaló que el incumplimiento de los acuerdos de sindicación “perturban el orden jurídico, al descansar éste sobre el respeto de la regla moral y el principio de la buena fe, que veda dar protección a comportamientos reñidos con la lealtad y probidad procesal¹²”; y que las violaciones a las reglas contractuales, societarias o parasocietarias, deben analizarse a la luz de las conductas de las partes, teniendo en mira el respeto al principio de la buena fe y del cumplimiento del contrato, lo que impone indagar con detalle al respecto¹³.

Asimismo, hoy debe plantearse que los convenios de accionistas deben ser respetados también por los terceros que los conozcan, quienes deben asumir en esa situación una actitud de respeto por los derechos de las partes¹⁴. En este sentido, incluso sería posible admitir la nulidad de transferencias accionarias que se hubieran realizado en favor de terceros no accionistas, en franca violación a las normas establecidas en un sindicato de bloqueo, afectándose entonces la validez del negocio transmisivo de las participaciones también con respecto

¹¹ ZAMENFELD, Víctor, “Oponibilidad y contrato de sindicación de acciones”, en “Derechos patrimoniales, Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Efraín Hugo Richard”, tomo II, p. 841

¹² CNComCap, sala C, 9/5/91, “Borrás Rouillón c/ Arrivabene Valenti”, R.D.C.O.: 1991-A-337).

¹³ Cámara Nac. Ap. Com. Cap., sala “D”, “Abrecht Pablo A. y otra c/ Caci que Camping SA s/ sumario”, 1º/marzo/96, E.D.: 168-544

¹⁴ ROVIRA, Alfredo L., ob. cit., p. 345

al tercero adquirente –que ha tenido la posibilidad de conocer las restricciones por estar inscriptas–.

De esta forma, la carga probatoria de quien pretenda privar de sus efectos a la transferencia de acciones, con respecto a un tercero ajeno al pacto y al contrato social, no debería estar siquiera orientada a demostrar concilio fraudulento ni simulación en el acto celebrado entre el accionista incumplidor del pacto y el adquirente de las acciones; sino que es suficiente con manifestar y probar que si el tercero hubiera actuado con la diligencia que el tipo de negocio requiere, habría tenido plena posibilidad de conocer la restricción pactada. Este argumento es suficiente para excluir la posibilidad de que el adquirente pueda alegar indiferencia al respecto, fundamentándolo no en la violación de un acuerdo en el que no tuvo intervención sino, por el contrario, en el manifiesto desinterés por el perjuicio que ocasiona con la adquisición de acciones en tales circunstancias.

Es decir, que en definitiva la nulidad dependerá del mero hecho de que haya sido posible conocer la existencia de la restricción, y haber actuado igualmente –una especie de dolo eventual, en los términos del art. 1724 in fine del CCyC–. Y sobre este hecho, recaerá en consecuencia la carga probatoria del tercero, que pretenda que la nulidad dispuesta no lo alcance.

III. 2. El caso de sindicatos de mayoría o minoría.

El tema parece complicarse, en caso de que solo una parte de los accionistas hayan sido firmantes del pacto. Parece ser que aquí la doctrina se encuentra mucho más fragmentada, y no existe consenso para replicar en estas hipótesis la conclusión que manifestara en el apartado anterior. En este sentido, parece muy difícil poder aplicar a terceros no contratantes lo dispuesto en un contrato celebrado entre algunos socios –sea mayoritario o minoritario–, lo cual llevaría a forzar la pauta genérica establecida en el art. 1021 del CCyC, que establece que los contratos solo tienen efectos respecto a los contratantes, y no con respecto a terceros, excepto cuando la ley lo autoriza –circunstancia que aquí, no se presenta–.

Ahora bien, si la sociedad hubiera participado del pacto, no en carácter de parte sino a los fines de ‘tomar conocimiento de su existencia’, es en principio aceptable afirmar que dicha intervención la obliga a cumplir con determinados efectos del mismo, tales como el de no inscribir transferencias de acciones sin que se acredite haber cumplido el procedimiento que el pacto estableciera. De esta forma, dicha participación, aun cuando no la convierte en parte, la vincula. Y esta vinculación, alcanza desde ya al órgano de administración que deberá cumplir las obligaciones y responderá por los daños que su incumplimiento ge-

nera en los términos de los artículos 59 y 274 LGS, más aun cuando los firmantes del pacto sean todos los accionistas ¹⁵.

IV. Acerca de la posibilidad de disponer medidas cautelares para asegurar el cumplimiento del pacto.

Las consideraciones precedentes me llevan a dejar una reflexión sobre este aspecto, que ya ha sido resuelto por la jurisprudencia, en relación al sindicato de bloqueo —y frente a petición de parte interesada para anticiparse a transferencias accionarias que admitan su violación—, estableciendo que “...corresponde la adopción de una medida cautelar pertinente que se enderece a evitar conductas de los socios que puedan importar violación del convenio...” disponiendo que “incluida en la medida de no innovar decretada se encuentra la prohibición de contratar y realizar actos de disposición que importen modificar la titularidad de las acciones en litigio” y “la prohibición de llevar a cabo cualquier asamblea (societaria) sin que sea celebrada previamente una reunión o asamblea de sindicados en los términos que surgen del convenio” ¹⁶.

No parecen ser similares a lo anterior, los casos en que las cautelares apuntan a garantizar lo acordado en un convenio de voto, requiriendo que todos los sindicados voten de conformidad a lo dispuesto en el ámbito del sindicato. ¿Podría prosperar una medida cautelar en este sentido? ¿Sería posible que un juez otorgara una medida autosatisfactiva evitar el incumplimiento? La mayoría de los precedentes, resuelven denegando estas peticiones ¹⁷.

En sentido contrario al criterio jurisprudencial mayoritario, cito como antecedente lo resuelto en “Trainment S.A. c. Ormas S.A.” ¹⁸, donde la Sala D resolvió, con el voto en disidencia de Enrique Butty, otorgar la cautelar prohibiendo a uno de los accionistas sindicados votar en una asamblea que estaba convocada para ese mismo día, en la cual presuntamente el sindicato iba a proceder a la remoción de los integrantes del directorio, violando un procedimiento previo establecido en el convenio, donde incluso se preveía que la cuestión se sometería a arbitraje sino pudiera resolverse por consenso en el ámbito del sindicato. En el

¹⁵ Cfrme. ROVIRA Alfredo L., ob. cit., ps. 344 y 345

¹⁶ “Maggi Ida M. y otro c/ García Badaracco Carlos s/ ordinario, inc. de medidas precautorias”, 22 de diciembre de 1999, publicado en “Revista de las Sociedades y Concursos”, N° 3, marzo - abril 2000, p.131.

¹⁷ “Costabel c. Concisa S.A.”, CNCom., sala C, 20 de octubre de 2005, SJA 1/2/2006., JA, 2006-I-872.

¹⁸ “Trainmet S.A. c. Ormas S.A.”, CNCom., sala D, 27 de mayo de 2000

voto que hace mayoría, el vocal Cuartero manifiesta que “el pacto es desde luego exigible y el mismo puede dar lugar a medidas cautelares que posibiliten o faciliten el eventual cumplimiento de una decisión que disponga la producción de un arbitraje y el cumplimiento del también eventual laudo arbitral. Considérese, de otro lado, que tal medida cautelar será viable cuando además de satisfacer los recaudos comunes en la materia no interfiera con la normal, común y corriente gestión societaria de la entidad de que se trata”.

En definitiva, entiendo que la cuestión está planteada, y que estamos frente a una carencia normativa que puede conllevar a inseguridad jurídica y pronunciamientos contradictorios, sobre todo en relación a la oponibilidad respecto de terceros y también en lo relativo a la admisibilidad de cautelares para reforzar el cumplimiento en los sindicatos de mando. Finalmente, es un deseo de política legislativa, que frente a un proceso de revisión del régimen societario estos temas sean contemplados, no para introducir una acabada regulación sobre la constitución y funcionamiento –que sin dudas se subsana con las normas generales, y el ejercicio de la autonomía de la voluntad–, sino para abordar los aspectos problemáticos expuestos en este trabajo.