

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

ÁREA DE DERECHO

**MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO FINANCIERO, BURSÁTIL Y
DE SEGUROS**

LA SINDICACIÓN DE ACCIONES EN EL DERECHO COMPARADO

SANTIAGO JOSÉ MOSQUERA ALCOCER

TUTOR: DR. SANTIAGO ANDRADE UBIDIA

QUITO, 2009

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Santiago Mosquera Alcocer
24 septiembre de 2009

RESUMEN

La práctica mercantil ha revolucionado constantemente las estructuras tradicionales del mercado aportando nuevas figuras a lo largo de la historia; desarrollándose muy por delante del avance normativo de dicha área. La sindicación de acciones es un claro ejemplo de lo anotado, siendo en la actualidad adoptada por gran cantidad de sociedades anónimas alrededor del mundo. Pese a ello, doctrinariamente, la gran mayoría los autores no se han preocupado por estudiar esta figura y dilucidar varias inquietudes que trae consigo previo a su incorporación legislativa y aplicación práctica. No obstante, países con una experiencia mercantil mucho más desarrollada han iniciado el análisis doctrinario de la sindicación de acciones y esgrimido teorías tanto a favor como en su contra.

En el Ecuador, pese al nulo tratamiento legislativo sobre la celebración de acuerdos de sindicación, estos convenios se constituyen en necesidades comunes de los empresarios, quienes tienen que aventurarse en la oscuridad y en ocasiones al margen de las prescripciones legales, ya que en su práctica se erigen como instrumentos de mucha utilidad para los accionistas que participan de ellos. Por su parte, la Superintendencia de Compañías no ha emitido un criterio que haga referencia al tema lo cual evidencia el desconocimiento reinante, toda vez que se ha limitado a prohibir determinados acuerdos sin analizar el instituto de la sindicación en toda su magnitud y en todas sus manifestaciones.

Es en virtud de aquello y dada la necesidad de un panorama más claro, que el objetivo del presente trabajo recae en el análisis de la Sindicación de Acciones alrededor de los países más representativos del mundo así como en los más allegados a nuestro sistema jurídico.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I LA SINDICACIÓN DE ACCIONES EN EL DERECHO COMPARADO

- 1.1 Latinoamérica
 - 1.1.1 Argentina
 - 1.1.2 Brasil
 - 1.1.3 Chile
 - 1.1.4 Perú
 - 1.1.5 Uruguay
- 1.2 Europa
 - 1.2.1 Francia
 - 1.2.2 España
 - 1.2.3 Italia
- 1.3 Derecho Germánico y Anglosajón
 - 1.3.1 Alemania
 - 1.3.2 Países de Derecho Anglosajón
- 1.4 Proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea

CAPÍTULO II NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES DE LA SINDICACIÓN DE ACCIONES

CAPÍTULO III CLASIFICACIÓN DE LOS PACTOS DE SINDICACIÓN

- 3.1 Por la posibilidad de lograr o retener el manejo del gobierno de la sociedad
 - 3.1.1 Sindicatos de Mando
 - 3.1.2 Sindicatos de Defensa
 - 3.1.3 Sindicatos de Bloqueo
- 3.2 Por la situación de las acciones sindicadas
 - 3.2.1 Sindicato con retención del título
 - 3.2.2 Sindicato con transmisión del título
- 3.3 Por la forma en que se defina el voto en la Junta General
 - 3.3.1 Sindicato unánime
 - 3.3.2 Sindicato colegiado

CAPÍTULO IV
EFICACIA DE LA SINDICACIÓN DE ACCIONES

- 4.1 Entre los socios sindicados
- 4.2 Frente a accionistas no sindicados
- 4.3 Frente a la sociedad
- 4.4 Frente a terceros

CAPÍTULO V
LICITUD DE LOS ACUERDOS DE SINDICACIÓN

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El mundo a lo largo de los años ha experimentado grandes cambios en el ámbito comercial, los cuales han influido sobremanera en nuestras vidas, brindando soluciones a muchos de los problemas prácticos, así como también demandado renovaciones y regulaciones jurídicas al respecto. Es por esta constante transformación y por la continua búsqueda de formas alternativas para alcanzar sus objetivos que la participación del Derecho Mercantil no es simplemente como regulador de la conducta social, sino como actor dinámico que recoge nuevas experiencias de la realidad humana y regula a partir de estas manifestaciones, la convivencia de los hombres.

De igual manera y por su estrecha conexión con el comercio, el Derecho Societario, como rama del Derecho Mercantil, no solo debe afrontar y adaptarse a estas vertiginosas transformaciones que las sociedades se ven obligadas a adoptar e imaginar nuevas y distintas fórmulas para llegar de forma efectiva a sus consumidores de bienes o servicios, hacer frente a sus competidores, y consolidarse en un mercado cada vez más difícil de conquistar; sino que tiene la obligación de mutar conjuntamente con los cambios que se producen dentro de las esferas sociales.

Un claro ejemplo de dichos cambios lo constituye el pacto, convenio o contrato de Sindicación de Acciones, los cuales se formulan cada vez con más frecuencia y con mayor alcance entre los socios de las compañías. Muchas legislaciones han hecho eco de esta práctica y han incluido regulaciones acerca de la Sindicación de Acciones; sin embargo, en otras tantas la rigidez de los principios jurídicos codificados y la anacrónica concepción

democrática de la sociedad anónima, han hecho que se le de a esta figura visos de ilegalidad. Así también, existen lugares donde por comodidad o quizás por ignorancia se ha dejado de lado el tratamiento de esta institución y han optado simplemente por dejarlo a la libre voluntad de los particulares.

Doctrinariamente, el tratamiento dado a la Sindicación de Acciones no es distinto, pues en su gran mayoría los autores no se han preocupado por estudiar esta figura y dilucidar varias inquietudes que trae consigo previo a su incorporación legislativa y aplicación práctica; así como tampoco ha sido incluida dentro de los programas académicos relativos a la materia societaria. No obstante Argentina, España y Estados Unidos de América han liderado el análisis doctrinario de la Sindicación de Acciones, habiéndose producido una gran cantidad de textos sobre el tema y discutido su importancia e incidencia en las relaciones comerciales modernas, en varias conferencias, seminarios y aulas de clase.

En el Ecuador, pese al nulo tratamiento legislativo sobre la celebración de acuerdos de sindicación, estos convenios se constituyen en necesidades comunes de los empresarios, quienes tienen que aventurarse en la oscuridad y en ocasiones al margen de las prescripciones legales, ya que en su práctica se erigen como instrumentos de mucha utilidad para los accionistas que participan de ellos.

La doctrina clásica se ha mostrado contraria a estos convenios, en general por considerarlos incompatibles con el sistema mismo de las sociedades anónimas, típicamente

democrático, y por, según su criterio, afectar un derecho inalienable de todo accionista, como es el de utilizar su voto exclusivamente en su propio interés.

Esta parecería ser la corriente que se sigue en nuestro país. La Superintendencia de Compañías no ha emitido un criterio que haga referencia al tema. La posición que en torno a la temática tiene esta entidad, evidencia el desconocimiento reinante, toda vez que se ha limitado a prohibir determinados acuerdos sin analizar el instituto de la sindicación en toda su magnitud y en todas sus manifestaciones.

Es en virtud de aquello y dada la necesidad de un panorama más claro, que el objetivo del presente trabajo recae en el análisis de la Sindicación de Acciones alrededor de los países más representativos del mundo así como en los más allegados a nuestro sistema jurídico.

CAPÍTULO I

LA SINDICACIÓN DE ACCIONES EN EL DERECHO COMPARADO

1.1 Latinoamérica

El estudio de la sindicación ha tenido un escaso y desigual tratamiento en los países de Latinoamérica. Los países en los cuales la doctrina y la jurisprudencia se han preocupado más y de mejor manera por desarrollar la figura de la sindicación de acciones son Argentina, Brasil, Chile, Perú y Uruguay.

En Argentina los pactos de sindicación “están presupuestos como reconocimiento a la praxis”¹. En cambio, en Brasil, Perú y Uruguay, la sindicación de acciones goza de reconocimiento legal pleno. Tanto Brasil como Uruguay tomaron como base para la aceptación de esta figura, el Primer Proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea. Chile, por otro lado, tiene un tratamiento sui generis, toda vez que, pese a que los pactos de sindicación no se encuentran reconocidos legalmente, tienen una tácita aceptación en la Ley No. 18.045 de Mercado de Valores.

1.1.1 Argentina

Debido a la cada vez más frecuente utilización de la sindicación de acciones en la práctica societaria argentina, esta figura ha logrado un implícito reconocimiento legal al

¹ Rossi, Hugo Enrique, Oponibilidad y cumplimiento de los convenios de sindicación de acciones, citado por Favier Dubois, Eduardo M. (Director), Negocios parasocietarios, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Ad-hoc, 1999, p. 210.

igual que de manera jurisprudencial. Así por ejemplo se puede citar el caso Sánchez vs. Banco de Avellaneda, el cual se constituyó como fuente de consulta para subsecuentes análisis doctrinarios así como un referente tanto para otros fallos así como para la celebración de posteriores pactos de sindicación de acciones.

Mascheroni y Muguillo² advierten que el estatus jurídico de la sindicación de acciones en Argentina tuvo dos momentos: el primero antes de la Ley 19.550, y el segundo posterior a esta Ley de Sociedades Comerciales.

En un primer momento, a decir de los autores citados, el pacto de sindicación tenía un apoyo mínimo en el Código de Comercio, cuyo artículo 358 establecía que cuando una sociedad anónima tuviera accionistas residentes en un país extranjero que representaran cuando menos el 25% del capital social inscrito, podían reunirse para nombrar uno o más mandatarios que los representaran en la asamblea general, donde tendrían tantos votos como correspondieran a las acciones de los accionistas así reunidos. De dicha disposición se desprende la posibilidad de que los accionistas residentes en el extranjero puedan constituir un sindicato para de este modo ejercer de forma colectiva sus derechos.

Es así que Mascheroni y Muguillo consideran que en el referido artículo 358 “está el germen legitimante, en materia societaria, de la validez de este tipo de pacto”³. No obstante, tal artículo fue objeto de varias críticas que argumentaban que dicha disposición resultaba discriminatoria por beneficiar exclusivamente a accionistas residentes en el

² Mascheroni, Fernando y Muguillo, Roberto, Responsabilidad del Socio, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1996. pp. 207 a 211.

³ Ibid., p. 209.

extranjero y no a los accionistas domiciliados en Argentina. Incluso se llegó a sostener que la disposición era inconstitucional por violentar el principio de igualdad ante la ley. Otros tratadistas por su parte negaban la existencia de un pacto de sindicación creado al amparo de esta disposición.

El segundo momento que, a decir de Mascheroni y Muguillo, nació a partir de la expedición de las Leyes 19.550 y 22.903, se caracterizó por omitir el tratamiento y por ende la regulación de la sindicación de acciones. Esta falta intencional de regulación se debió al criterio de que al ser un pacto parasocial, no integra el régimen legal de las sociedades comerciales, teniendo en consideración que no obliga a la sociedad. La propia exposición de motivos de la Ley 19.550 expresa que serán los jueces quienes deberán analizar, en el caso concreto, la validez y legitimidad del acuerdo, teniendo en cuenta para ello, los fines perseguidos con el pacto.

Por su parte la tratadista Bello Knoll, citada por Favier Dubois, anota que a partir de la expedición de la Ley de Reforma del Estado 23.696, que tuvo por objeto iniciar el proceso de privatización en Argentina “nadie puede decir que el derecho argentino no admite los denominados sindicatos de mando”, pero que los mismos deben ser aplicados “exclusivamente para el caso de privatizaciones”⁴; afirmación que se encuentra soportada también por un fallo dictado por la Corte Provincial de Buenos Aires en Septiembre 22, 1982, dentro del juicio seguido por Carlos J. Sánchez contra el Banco de Avellaneda, Buenos Aires, sobre el cual el juez Jaime Anaya⁵ señala que mientras no se hayan producido situaciones patológicas por las que el grupo sindicado pretenda atentar contra el

⁴ Bello Knoll, Susy Inés. Sindicatos de Mando, en Favier Dubois (Director), op. cit., p. 412.

⁵ Favier Dubois, op. cit. (Citando al Juez Anaya), p. 493

interés social, perjudicando a otros accionistas –no sindicados- no existe ninguna hipótesis de conflicto entre el objeto y los fines del grupo sindicado por una parte, y por otra, lo que el administrador puede hacer en beneficio del interés social.

1.1.2 Brasil

La Ley de Sociedades por Acciones (6404/76) exige para la validez de los pactos de sindicación de acciones que éstos versen únicamente sobre derechos de compra y venta de acciones, derechos de preferencia y/o derecho de voto. Para su oponibilidad frente a la sociedad, dispone que sean depositados en su sede; mientras que para que sea oponible frente a terceros, requiere la existencia de anotación del pacto en los libros de registro así como en los certificados de acciones que se emitan.

Así mismo, la Ley establece que las acciones sindicadas no pueden ser negociadas en el mercado de valores. Para el caso de sociedades abiertas, la Ley exige que se informe a la asamblea general sobre las disposiciones que el pacto de sindicación prevea en torno a distribución de dividendos y reinversión de ganancias.

Es preciso tomar en consideración que si bien la normativa brasileña antes descrita fue desarrollada a partir del Proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europeo, según lo manifiesta Rossi⁶, ésta difiere de la norma que la inspiró ya que incluye la posibilidad de formar sindicatos de bloqueo y no condiciona la validez del voto a la previa notificación de

⁶ Rossi, op. cit., p. 66.

la celebración del acuerdo a la sociedad como si lo prevé a norma europea que se comentará en próximas líneas.

1.1.3 Chile

La Ley Sobre Sociedades Anónimas de Chile (18.046) no regula expresamente la sindicación de acciones; sin embargo, otorga la posibilidad a los accionistas de una compañía de sumar sus votos mediante la autorización de la representación en la junta general, sin fijar límites a la cantidad de votos que pueden confluir en los mandatarios.

El tratadista Carlos G. Villegas⁷ señala que el acuerdo de actuación conjunta regulado en la Ley de Mercado de Valores (18.045), es un concepto asimilable al de la sindicación de acciones. Este acuerdo se encuentra definido en el artículo 98 como:

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

La mencionada Ley, incluye una serie de presunciones sobre la existencia de este tipo de acuerdos entre representantes y representados, cónyuges y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, entidades pertenecientes al mismo grupo empresarial, y entre las sociedades y sus controladores. De igual manera, contiene una presunción sobre los efectos del convenio que opera cuando el grupo de personas que tiene un acuerdo de actuación conjunta controla directamente al menos el veinticinco por ciento

⁷ Villegas, Carlos Gilberto, Tratado de las sociedades: sociedades civiles, sociedades comerciales, sociedad anónima, joint venture, asociaciones, sociedades mineras, sociedades de profesionales, cooperativas, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 399.

del capital con derecho de voto de la sociedad, en cuyo caso, se entiende que influye decisivamente en la administración o en la gestión de la sociedad, salvo que exista una persona o grupo que controle un porcentaje igual o mayor o que la Autoridad encargada de su control así lo determine, teniendo en cuenta la distribución y dispersión de la propiedad del capital social conforme rezan los artículos 99 y siguientes.

1.1.4 Perú

La Ley General de Sociedades de Perú hace un reconocimiento expreso de la sindicación de acciones cuando en el artículo 8 señala:

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

De la cita se puede advertir que la norma condiciona la validez y eficacia de los pactos de sindicación de acciones a la comunicación que los suscriptores del acuerdo hagan a la compañía sobre la celebración y contenido del mismo. Más adelante el artículo en comento consagra además la superioridad jerárquica del estatuto social por sobre las disposiciones del pacto de sindicación. Adicionalmente, la Ley de Sociedades prevé un plazo máximo de duración del convenio de diez años. De igual manera, regula temas muy relacionados con la sindicación como lo son el usufructo y la prenda de acciones⁸.

⁸ Hundskopf Exebio, Oswaldo, Tratamiento de las Acciones de la Sociedad Anónima en el Proyecto de Ley General de Sociedades, Revista Peruana de la Empresa, Asesorandina S.R.L, en www.asesor.com.pe

No fue sino hasta la expedición de la Ley de Sociedades antes referida que la figura de la sindicación de acciones empezó a desarrollarse significativamente; ya que antes de la promulgación de dicha ley los acuerdos de sindicación eran “simples convenios privados en los que la sociedad no se involucra”⁹, mas, en la actualidad, existe un reconocimiento expreso respecto de la validez y eficacia de los convenios de sindicación de acciones.

1.1.5 Uruguay

Ley de Sociedades Comerciales uruguaya de forma similar a lo que sucede en Perú, establece en su artículo 331 que:

[...] serán legítimos los convenios de accionistas sobre compra y venta de acciones, ejercicio de los derechos de preferencia y de voto o cualquier otro objeto lícito. Los accionistas contratantes podrán ejercer todos sus derechos y acciones legales para el cumplimiento debido de las obligaciones asumidas a quienes resulten comprometidos para la debida ejecución del convenio.

De este modo, la referida normativa, inspirada en el Proyecto de Sociedad Anónima Europeo y la Ley de Sociedades por Acciones del Brasil, consagra la validez, legalidad y eficacia de los convenios de sindicación de acciones que a diferencia de sus antecesoras, demuestra una mayor amplitud en cuanto al objeto de los pactos de sindicación, toda vez que a más del ejercicio del derecho de voto, otorga libertad para efectuar estipulaciones en torno a cualquier objeto lícito. El último inciso del artículo citado dispone además un plazo de duración determinado de cinco años, prorrogables tácita o automáticamente, e incluye al igual que otros ordenamientos, la obligación de incorporar un ejemplar del acuerdo en el expediente de la sociedad.

⁹ Ibid.

Así se puede apreciar que países cuyas legislaciones en materia societaria no son muy distantes de la ecuatoriana, y que han servido de referente obligatorio para muchas de las reformas que en este campo se han introducido en el ordenamiento jurídico del Ecuador, y han incorporado expresamente la figura de la sindicación como una respuesta a su creciente utilización. Todos estos ordenamientos, a excepción del argentino que como se anotó, solo ha llegado al nivel de reconocimiento jurisprudencial, han optado por regular expresamente la sindicación por considerar que de esta manera se protegen los derechos de terceros y de los propios accionistas sindicados, así como de la sociedad, cuyos intereses, en último término los llamados a prevalecer por sobre intereses particulares.

1.2 Europa

De manera similar a lo ocurrido en Latinoamérica, la figura de la sindicación de acciones ha tenido un desarrollo desigual en el derecho europeo, en donde han existido argumentos favorables y adversos, especialmente en Italia; lugar en el cual el tema ha sido tratado con mayor entusiasmo, básicamente debido a que en Alemania e Inglaterra la opinión predominante se ha dado a favor de la validez de la sindicación, por ser considerado un instrumento valioso en el desarrollo de las sociedades anónimas y las corporaciones. En Francia los tratadistas se ocuparon del tema hasta 1937, año en el cual se prohibió cualquier convenio de voto, renaciendo a partir de la sanción de la ley de 1966.

Lo anterior no hace sino afirmar lo que se podría tomar como la tendencia que ha venido marcando a la legislación en Europa en donde la jurisprudencia y la doctrina han incorporado a la figura de la sindicación, terminándose por aceptar su validez y licitud siempre que no contravengan las disposiciones esenciales que regulan la estructura social de la compañía.

1.2.1 Francia

Como brevemente se señaló con anterioridad, en la Ley francesa de 1876¹⁰ y por tanto en resoluciones jurisprudenciales de aquella época, se condenaban las convenciones sobre el derecho de voto siempre que atentaran gravemente al ejercicio del derecho, no obstante, en principio tales convenios no estaban prohibidos. Mas en el decreto-ley del 31 de agosto de 1937, se modificó el artículo 4 del decreto del 13 de noviembre de 1933, y se incluyó una disposición por la cual se estableció que son nulas y sin ningún efecto las cláusulas que tengan por objeto o como efecto atentar contra el libre ejercicio del derecho de voto en las juntas generales de las sociedades comerciales.

Posteriormente la ley francesa del 24 de julio de 1966¹¹ sobre sociedades comerciales, derogó en su artículo 505 todas las disposiciones anteriores relativas a las materias reguladas, y en especial la ley del 13 de noviembre de 1933 por lo cual, no habiéndose ratificado la prohibición en ningún precepto, se entiende que la cuestión acerca

¹⁰ Sánchez González, José Carlos, Los Convenios y Sindicatos de voto. Su instrumentación jurídica en la Sociedad Anónima en Estudios sobre la Sociedad Anónima, Dirigida por Garrido De Palma, Víctor Manuel, Madrid, Ed. Civitas, 1991, p. 87.

¹¹ Mirkin, Mabel F. y Chehtman, Eduardo, Sindicación de Acciones, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 7, Nos. 37 a 42, Ed. Depalma, 1974.

de la licitud de los convenios de voto se deja librada a la apreciación que de ellos hagan los tribunales; estableciéndose para el efecto sanciones penales contra quienes se hubieren hecho conceder, garantizar o prometer ventajas por votar en cierto sentido o por abstenerse de ejercer su derecho de voto.

La legislación posterior a 1966 evolucionó el derecho de las convenciones de voto; al respecto, Viandier¹² sostiene que en Francia los pactos de sindicación de acciones han de ser tenidos por lícitos tanto los que no suprimen totalmente el derecho del accionista a participar en las decisiones sociales, como aquellos que no sean contrarios al interés social, así como también los que estén exentos de cualquier viso de fraude.

Sin embargo, no es sino a partir de 1985, que en Francia se reconoce de forma expresa la validez de las convenciones de voto; pese a lo cual ello no excluyó, como se analizó anteriormente, que la jurisprudencia admitiese la validez de la sindicación en determinados casos aún con posterioridad al decreto-ley prohibitivo de 1937 que determinaba lisa y llanamente la nulidad de las cláusulas o contratos que tuviesen por objeto restringir el ejercicio del derecho de voto en las asambleas generales, pero que tropezó con el amplio margen de apreciación que se reservó la jurisprudencia¹³.

1.2.2 España

¹² Viandier, Alain, *Droit des Sociétés*, p. 303, Paris, 1998. En Observaciones a las convenciones de voto, *Semanario Jurídico*, Tomo I, p. 3253.

¹³ Ripert-Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, Tomo I, Número 1245, París, 1980, 10ª ed., citado por el Juez Jaime Anaya, citado a su vez por Favier Dubois, op. cit., p. 499.

En España¹⁴ la Ley de sociedades de 1951, en su artículo 60, establece que todo accionista puede hacerse representar en la junta por otra persona, siempre que dicha representación sea realizada por escrito y con carácter especial para cada junta, con lo cual se limitan en gran medida las posibilidades de aplicación de los convenios de sindicación.

Por su parte, el Real Decreto 1564/89 (Nuevo Régimen de Sociedades Anónimas) refiere la inoponibilidad de los pactos que los socios mantengan reservados; lo cual garantizaría en cierta medida la legalidad de los pactos de sindicación que hayan sido debidamente comunicados. Sin embargo de ello, la doctrina española, especialmente aquella comandada por Garrigues y Pedrol, han tratado extensamente el tema, exponiendo supuestos de admisibilidad de los pactos, y por otro lado la práctica societaria ha hecho uso de ella siendo de gran injerencia el caso de Telefónica de España¹⁵ donde un sindicato de acciones fue formado por La Caixa, entidad de ahorro accionista de la compañía Telefónica, conjuntamente con las compañías BBV y Argentaria con el objeto de formar lo que se denominó un “núcleo duro” en el manejo de la operadora telefónica. Este sindicato, cuya primera fecha de vencimiento tuvo lugar el 25 de mayo de 2000, fue renovado por las partes.

1.2.3 Italia

¹⁴ Rossi, op. cit., p. 41.

¹⁵ En www.laempresa.net

En Italia¹⁶, en 1912, a partir de que Scialoja, publicara un trabajo sobre la sindicación de acciones, esta institución ha ocupado un lugar importante en los estudios italianos de derecho comercial. En 1914 Vivante se ocupó del tema en un artículo que esboza las teorías ampliadas con posterioridad en su tratado y recogió en su proyecto legislativo.

En el artículo 215 del mencionado proyecto Vivante declaraba nulo cualquier convenio que vinculase la libertad de voto. En el proyecto de 1926 se establecía también la nulidad de los convenios que vinculasen la libertad de voto. No obstante, los accionistas podían conceder a uno o más gerentes la facultad de ejercer los derechos inherentes a sus acciones, incluso el derecho de voto, siempre que no fuere por un plazo mayor de 4 años.

En el proyecto ministerial del Código de Comercio de 1940, bajo el título “Convenciones relativas al ejercicio de los derechos inherentes a las acciones”, se establecía que:

[...] los convenios por los cuales los accionistas confieren irrevocablemente a otro, socio o no, la facultad de ejercer los derechos inherentes a sus propias acciones, comprendiendo el derecho de voto, deben ser probadas documentalmente y no podrán tener una duración superior a los cinco años.

En este sentido, entre los elaboradores de este proyecto se argumentaba que la solicitud dada era la más prudente, por cuanto, no obstante la orientación negativa adoptada por la jurisprudencia, los sindicatos eran cada vez más frecuentes, por encontrarse en ellos un instrumento insustituible para asegurar la estabilidad de las empresas, en especial en los períodos en que un cambio de dirección puede comprometer

¹⁶ Mirkin y Chehtman, op. cit.

su desarrollo y patrimonio; por lo cual concluyeron afirmando que negar la validez de los convenios significaría sustancialmente favorecer las conductas de mala fe por parte de los partícipes de ellos, en homenaje a una pretendida violación del principio de la libertad de voto.

Es menester señalar que el proyecto sí consideraba nulos a los convenios que limitaban el ejercicio del derecho de voto en los acuerdos relativos a las acciones de responsabilidad contra los administradores y los síndicos.

No obstante, en el texto definitivo del Código desaparecieron todas las normas que figuraban en los proyectos referidos y el legislador prefirió apartarse del tema, dejando en manos de los tribunales la emisión de una decisión frente al caso concreto respecto de la validez que podría tener el sindicato de acciones.

En la actualidad, Mascheroni y Muguillo¹⁷ señalan que se mantiene un silencio legislativo absoluto respecto de la mencionada figura, lo que no ha obstado para que en los últimos años la doctrina muestre una decidida apertura hacia el sindicato de acciones, en buena medida, como consecuencia de revisar la naturaleza del derecho de voto y que la jurisprudencia haya terminado por admitir que la cuestión ha de examinarse caso por caso¹⁸.

¹⁷ Mascheroni y Muguillo, op. cit., p. 204.

¹⁸ Sánchez González, op. cit., p. 87.

1.3 Derecho Germánico y Anglosajón

Resulta diversa la situación que ha experimentado la figura de la sindicación de acciones en el derecho germánico y en el derecho anglosajón en relación con la que se presenta en los países de Europa continental antes analizados.

La principal diferencia radica, a juicio de Rossi, en que la validez y aceptación de los convenios tanto en Alemania como en países de derecho anglosajón se deriva del principio generalizado de la libre cesibilidad del derecho de voto también llamado *property right*¹⁹.

1.3.1 Alemania

En Alemania²⁰ los convenios de sindicación eran plenamente válidos según la ley de 1937, con la única salvedad de que no debían someterse a las instrucciones del consejo de vigilancia o del directorio o de una sociedad dependiente. Esta posición varía a partir de la sanción de la ley del 1 de enero de 1966, cuyo artículo 134 restringe la licitud de estos convenios a fin de que los bancos, depositarios naturales en estos pactos, gobernarán la sociedad por encima de los órganos. Acepta, sin embargo, el acuerdo de votos y permite el poder general de representación de accionistas, siempre que quede depositado en la empresa.

¹⁹ Rossi, op. cit., p. 65.

²⁰ Mirkin y Chehtman, op. cit.

En la actualidad²¹ la figura de la sindicación de acciones es admitida como válida y legítima por casi toda la doctrina y jurisprudencia. No obstante, la doctrina, en general, niega validez a este convenio cuando: a) sea contrario a los estatutos sociales; b) afecte los principios generales del derecho en materia contractual, y c) cuando implique abuso de derecho.

1.3.2 Países de Derecho Anglosajón

Al igual que en Alemania, la sindicación de acciones resulta válida y ampliamente utilizada en los países de derecho anglosajón. Conforme la doctrina, el antecedente de la sindicación se encuentra en el *trust*, que data de la Edad Media. La característica esencial e invariable del *trust*, es la administración de los bienes de terceros con un fin específico.

Dicha característica es común al *voting trust* que junto con el *voting agreement*, constituyen los dos institutos característicos derecho anglosajón. En el primero de ellos los accionistas quedan en una situación semejante a la de nudo propietario, ya que el capital sigue perteneciéndole a los accionistas pero el ejercicio del derecho de voto que engendra la tenencia pasa al fideicomisario. A decir de Rossi estos *voting trusts* consisten en:

[...] la transmisión de las acciones que se sindicán a un trustee para que éste ejerza dentro de la corporation el voto que emana de la tenencia de las acciones cuya titularidad ejerce el trustee. Los accionistas quedan en similitud de situación a la del nudo propietario, pues si bien el capital accionario trustificado les pertenece, el ejercicio del derecho de voto y la tenencia material y la titularidad de los valores pasa por lo general al trustee o fideicomisario, quien será la única persona reconocida como accionista por la corporation. A cambio de las acciones trustificadas, el fideicomisario o trustee emite un certificado -voting trust

²¹ Sánchez González, op. cit., p. 87.

certificate- que no tiene validez frente a la sociedad, pero que representa su porción en las acciones sindicadas²²

Estos *voting trusts* están previstos en la propia *Model Business Corporation Act*²³, que inspiró varias leyes Estatales en Estados Unidos de América. No obstante, en la actualidad muchos de esos Estados que han regulado los *voting trusts*, han restringido su duración en el tiempo a cinco años, además de exigir su registro para la plena validez del instrumento.

En el segundo, el voto está condicionado a los integrantes de ese *pool*, que lo hace más cercano a los sindicatos que se utilizan en los países de Latinoamérica. Tanto en Estados Unidos como en Inglaterra, estos acuerdos buscan proteger u obtener cierto control sobre la compañía, con el objeto de preservar el *status quo* decisorio o con el propósito de remover a ciertos accionistas cuya presencia no es deseada.

Estos acuerdos tienen la característica de ser confidenciales, ya que no existe la obligación de notificarlos a la compañía ni incorporarlos a sus libros sociales²⁴; Por lo que cabe modificarlos o darlos por terminado mediante un simple acuerdo, sin formalidades exigidas ya sea por el Estatuto Social o por la Ley.

1.4 Proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea

²² Rossi, op. cit., p. 65

²³ La *Model Business Corporation Act* surgió en 1950 como un modelo preparado por el Comité de Normas Societarias de la sección de Derecho Comercial de la *American Bar Association (Committee on Corporate Laws of the Section of Business Law of the American Bar Association)* y fue adoptado por varios Estados de la unión americana. Fue creado debido a la variación que existía en como los Estados concebían y regulaban a las sociedades luego de la Segunda Guerra Mundial. La aceptación que tuvo este instrumento hizo que la gran mayoría de estados en la actualidad estén regidos por la versión revisada de la *Model Business Corporation Act*.

²⁴ United Kingdom Shareholders Agreement Fact Sheet, en www.ukincorp.co.uk.

El Primer Proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea de 1970, en su artículo 93 dispone que el convenio de sindicación de acciones debe cumplir con dos condiciones básicas:

- Ser comunicado a la sociedad, ya que los efectos de la sindicación frente a la sociedad se producirán solamente una vez que se haya efectuado dicha comunicación.

Asimismo, dispone que serán nulos los votos emitidos previo a tal notificación.

- La memoria de los estados de ejercicio deberá identificar a los sindicatarios y su cantidad de acciones, así como especificar el plazo de vencimiento del convenio de sindicación.

Del contenido del mencionado artículo se desprende que la comunicación resulta ser un requisito de validez del voto mas no del convenio de sindicación como tal, frente al cual la notificación no sería sino sólo un requisito para su eficacia.

Asimismo, la publicidad del convenio de sindicación resulta de limitado alcance, teniendo en consideración que basta comunicar: la existencia del acuerdo de sindicación, los nombres de los accionistas sindicados y las acciones sindicadas; lo cual contrasta con otras legislaciones donde el pacto de sindicación como tal debe ser depositado en la sociedad.

De otro lado, es preciso resaltar que el hecho de que se prevé la fijación de un plazo determinado para la validez del pacto de sindicación por propios accionistas sindicados y

no una fijación legal como en el caso de la normativa vigente en los Estados Unidos de América.

No obstante, la norma en comento mantiene un silencio respecto de la exigibilidad de los convenios de sindicación que ella regula, frente a esto Rossi²⁵ define que en tal caso se deberán seguir las reglas generales que rigen a los contratos en general.

Pese a lo anterior, es preciso señalar que el 8 de octubre de 2001 empezó a regir el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, el cual no contiene norma alguna que trate respecto de los acuerdos de sindicación de acciones como el proyecto original antes analizado. Como se ha podido observar, las legislaciones europeas que se han ocupado del estudio de la sindicación de acciones se limitaron en su momento a establecer hipótesis de nulidad de estos pactos, lo cual implicaba tácitamente su admisión de la legitimidad, la cual en su amplia mayoría hoy en día ha terminado por aceptarlas por completo, tal es el caso de Holanda y Suiza. Rossi²⁶ cita como ejemplos las reformas proyectadas a la legislación belga, el Código Portugués de Sociedades Comerciales de 1986, el Primer Proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, antes analizado, y la Propuesta Modificada de la Quinta Directriz del Consejo de las Comunidades Europeas, la que en su artículo 35 declara nulos los acuerdos por los cuales un accionista se compromete a votar siguiendo siempre las instrucciones de la sociedad o de uno de sus órganos, o aprobando siempre las propuestas hechas por ella, o bien ejerciendo ese derecho en un sentido determinado o absteniéndose en contrapartida de ventajas especiales²⁷.

²⁵ Rossi, op. cit., p. 65.

²⁶ Ibid, p. 41.

²⁷ Sánchez González, op. cit., p. 90.

CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES DE LA SINDICACIÓN DE ACCIONES

Con el fin de emplazarnos en el tema de la naturaleza jurídica de la figura de la sindicación de acciones es preciso tener en claro que dentro del ámbito societario, entre los accionistas existe la posibilidad de celebrar convenios o pactos tanto estatutarios como extraestatutarios.

Los primeros, a decir de Sánchez González de “trascendencia social”²⁸, son aquellos en los cuales se establecen las pautas fundamentales que han de gobernar a la compañía, así como aquellos cuya celebración se encuentra contemplada y autorizada en su estatuto.

Otro aspecto importante a ser tomado en cuenta y que caracteriza a los pactos estatutarios es normalmente se consolidan mediante un instrumento público, y suponen el cumplimiento de formalidades para llegar a su perfeccionamiento. Lo anterior ya que estos convenios, por regla general, implican una reforma al estatuto. Por lo cual es necesaria no solo la aprobación de dichos pactos por parte de las autoridades competentes sino incluso la inscripción de los mismos ante un registro público. En nuestro país, incluso se a optado por formalidades adicionales, tales como la publicación del texto o un extracto del mismo en la prensa, la notificación a la Cámara respectiva en donde la compañía se encuentre inscrita (requisito que conforme lo dispuesto por la Constitución vigente se volvería

²⁸ Sánchez González, op. cit., p. 75.

opcional), la marginación de la escritura de constitución en la cual consta el texto íntegro del estatuto social.

En resumidas cuentas, este tipo de pactos se caracterizan por su formalidad y publicidad, y fundamentalmente por la legalidad que entrañan, evidenciando claramente su finalidad y alcance.

De otro lado, los segundos, esto es, los pactos extraestatutarios también denominados por la doctrina y la legislación como negocios parasocietarios, convenios parasociales, pactos extraestatutarios, problemas parasociales²⁹, son aquellos contraídos entre los accionistas, o entre éstos y terceras personas, que se estructuran fuera del marco societario como tal, por medio de los cuales se comprometen a realizar determinado acto, o a abstenerse de hacerlo, cuyo efecto influye en el desarrollo del normal curso de los negocios de la compañía.

Doctrinariamente esta figura ha sido definida de múltiples maneras, así el autor italiano Oppo menciona que son “aquellos que se encuentran separados de la regulación legal y estatutaria de la relación societaria y también en el sentido de coexistencia y conexión con tal relación.”³⁰

²⁹ Mazzetti, Ángel Mauricio, atribuye esta denominación a Horacio Fargosi en su obra Los denominados contratos parasocietarios, en Favier Dubois, op. cit., p. 400.

³⁰ Oppo, Giorgio, Le convenzioni parasociali tra Diritto delle Obbligazioni e Diritto della Società, citado por Sánchez González, op. cit., p. 76.

El autor Ángel Mauricio Mazzetti los define como aquellos que “orbitando en el núcleo influyen en su télesis, pesando ya sea en el gobierno, administración, distribución de utilidades, transferencia de paquetes accionarios, finalidades negociales.”³¹

Otra definición menciona que son aquellos “que se encuentran ligados al contrato principal de sociedad por un vínculo de accesoriedad que determina su existencia, de lo que podemos inferir que en la celebración del contrato parasocial no interviene la sociedad, por lo que el nexo de vinculación se genera a partir de que los accionistas de la sociedad convienen la celebración de contratos, en los cuales el interés que priva, es el de los accionistas integrantes del acuerdo”.³²

El autor Diego Simois Lapeyre menciona que “las estipulaciones más habituales que podemos encontrar en estos acuerdos son la regulación de determinadas mayorías para la toma de decisiones en la asamblea de accionistas y en el directorio, número de integrantes del mismo, período de permanencia en los cargos, quórum de asistencia y responsabilidad, y el establecimiento de procedimientos tendientes a evitar situaciones de paralización de la sociedad para el caso en que, por diferentes motivos, no se puedan lograr mayorías para tomar ciertas decisiones. También a través de los acuerdos se pactan cláusulas mediante las cuales los accionistas se obligan a no realizar actividades en competencia con la sociedad; la regulación del ejercicio de los derechos de preferencia, tanto en la compra de acciones como en la suscripción de capital, la preferencia para la compra y el establecimiento de restricciones a la venta de acciones; definiciones respecto

³¹ Mazzetti, op. cit., p. 400.

³² Informe del XX Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Comisión sobre Negocios Parasocietarios, En Favier Dubois, op. cit., pp. 397-398.

al plan de negocios y las actividades que desarrollará la sociedad, la regulación de las obligaciones de ciertos socios como son el aporte de una marca o asistencia técnica, y la regulación de la forma de financiamiento de la sociedad y del cronograma de aportes de los accionistas.”³³

De las definiciones citadas, se puede advertir, como lo hace el autor Eduardo Favier Dubois, que la figura de los pactos extraestatutarios no ha sido desarrollada a plenitud por la doctrina y prácticamente se ha circunscrito el tema a la sindicación de acciones.

Del mismo modo el citado autor Mazzetti afirma “que la terminología de parasocietarios ha sido empleada, casi exclusivamente, con respecto al mencionado contrato”³⁴. Resaltando, de este modo, la importancia que dentro de este tipo de pactos tiene la sindicación de acciones, pese a la existencia de otras figuras que se instrumentan y operan bajo estos pactos extraestatutarios que son también de gran utilidad en el desarrollo de la actividad societaria.

Para el autor Vicente Mambrilla Rivera los sindicatos de accionistas son “aquellos acuerdos de naturaleza contractual que, por medio del ejercicio unificado del voto correspondiente a las acciones sindicadas, crean un vínculo de naturaleza jurídica entre los pactantes, y cuya finalidad inmediata consiste en influenciar la formación de voluntad de

³³ Simois Lapeyre, Diego, Convenios de Sindicación de Accionistas, KPMG, Uruguay, Noviembre, 2001, en: www.kpgm.com.uy.

³⁴ Mazzetti, op. cit., p. 399.

ente societario sobre el que se desplieguen sus efectos”³⁵, ligándolo, de esta manera, la figura de la sindicación de acciones con los pactos de voto.

El autor Sánchez González cita a Sapena quien define al sindicato de accionistas como “la unión de varios de ellos comprometiéndose a actuar sus derechos de socio conforme a las directrices marcadas por su mayoría”³⁶.

Existen por su parte autores que hacen una distinción entre los pactos de voto, mediante los cuales el accionista se obliga con otros accionistas a votar en junta general en cierto sentido, y los denominados propiamente sindicatos de accionistas que a decir del autor Rodrigo Uría, “agrupan a los diferentes accionistas unidos por el pacto y les someten a una disciplina común en el ejercicio del derecho de voto”³⁷.

El autor Joaquín Garrigues³⁸ realiza una puntual distinción:

- Simples pactos del ejercicio del derecho de voto, que apenas cuentan con sustancia jurídica. Sus efectos son similares a los de un “acuerdo de caballeros”;
- Sindicatos de mayoría: que agrupan a diversos accionistas para, mediante un mecanismo más complejo, conseguir una mayoría compacta en la junta general;
- Sociedad de cartera o Holding.

³⁵ Mambrilla Rivera, Caracterización jurídica de los convenios de votos entre accionistas, Revista de Derecho Mercantil, Números 179-180, p. 313.

³⁶ Sánchez González, op. cit., p. 77.

³⁷ Uría, Rodrigo, Derecho Mercantil, Madrid, Marcial Pons, 1990, p. 305.

³⁸ Garrigues, Joaquín, Dictámenes de Derecho Mercantil II, Madrid, 1976, pp. 749 y ss.

El autor Sánchez González citando a Cottino³⁹, establece que cada una de las figuras en comento difieren como se detalla a continuación:

- Convención de voto, no es sino cualquier estipulación en virtud de la cual un socio se compromete frente a otro u otros a votar en la junta general o en otro órgano colegiado, de una manera preestablecida;

- Sindicato de voto: existe cuando la convención se inserta en un contexto más vasto y permanente, dirigido a regular no sólo la votación sino incluso el comportamiento de los accionistas que intervienen en la junta.

De igual manera, el autor Broseta Pont es seguidor de realizar una diferenciación entre la sindicación de acciones y el sindicato de voto, y menciona que bajo estas denominaciones se comprenden dos supuestos diferentes: por un lado, aquel pacto que realizan los accionistas con todas sus acciones para impedir que se transmitan fuera del grupo; y por otro, aquél que se celebra cuando “se desea vincular en un solo e idéntico sentido de forma permanente los votos de un conjunto de accionistas, que se desean emitir unidos para reforzar su importancia y, en ocasiones, unidos mantener el dominio sobre la sociedad y, especialmente, sobre sus órganos⁴⁰”.

Para el autor Albi Ajero⁴¹ citado por Sánchez González, utiliza la denominación sindicato de accionistas para referirse al convenio para lograr y mantener el mando o control en la compañía. Asimismo, el autor distingue entre sindicatos de mando, que se

³⁹ Cottino, Diritto Commerciale, Volumen I, Tomo II, Milán, Cedam-Padova, 1987, p. 423, citado por Sánchez González, op. cit., p. 77.

⁴⁰ Broseta Pont, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, Octava Edición, Madrid, Tecnos Editores, 1990, p. 253.

⁴¹ J. Albi Ajero, La potestad de mando en las sociedades anónimas, AAMN, tomo III, 1946, pp. 645 y ss, citado por Sánchez González, op. cit., p. 77.

proponen conseguir el control de la compañía, y sindicatos de bloqueo, dirigidos a conservar esa potestad, al evitar que las acciones sean transferidas afuera de los miembros del sindicato.

Independientemente de la denominación y características de la sindicación de acciones, la doctrina, de manera casi absoluta, le atribuye la calidad de contratos, pues existe un acuerdo de voluntades que implica una manifestación o declaración de voluntad dirigida a la creación de una obligación que recae, por lo general, sobre el voto de al menos uno de los suscriptores. Es decir, consiste en una obligación de hacer (votar en determinado sentido) o de no hacer (abstenerse del voto respecto de una decisión determinada).

Mas los actos que pueden recaer sobre la acción también incluyen la compraventa, la prenda, el depósito, el usufructo, el embargo, la constitución de un fideicomiso sobre ellas, su aporte irrevocable e incluso el arrendamiento mercantil. La línea de estos actos no posee límites y está supeditada solo al desarrollo de la actividad mercantil, evolución que debe ser recogida a la par por el derecho mercantil como ciencia viva.

Así, el autor Eduardo Rocca manifiesta que la sindicación es un contrato que involucra tanto a los accionistas como a sus acciones, pero no solo está destinado a reglamentar transacciones comerciales sino a acrecentar o disciplinar el poder de voto de cada una de las partes. Más adelante el mismo autor señala que la sindicación es un

negocio jurídico “mutante” o *border line* porque se presenta unas veces como contrato intuitu personae y otras como una verdadera sociedad⁴².

Por su parte el autor Rubio, citado por Mascheroni y Muguillo, considera que la sindicación es un contrato de organización económica; mas Mascheroni y Muguillo, se muestran opuestos a tal criterio, pues señalan que es menester hablar en primer lugar de organización parapolítica, ya que en lo inmediato, lo que se organiza es la forma de gobernar la sociedad.⁴³

El autor Mambrilla Rivera⁴⁴ se muestra opuesto a que la sindicación pueda ser encasillada como un negocio jurídico unilateral. Criterio que es parcialmente secundado por Mascheroni y Muguillo⁴⁵ quienes manifiestan que el atributo de plurilateral de la sindicación, si bien es habitual, no es absoluto, pues depende de la posición que dentro del acuerdo ocupen los intereses de los partícipes. Por su parte Sánchez González, contrario a estas tesis, señala que puede darse el caso que exista “una imposición de una sindicación para el ejercicio del derecho de voto como modo o carga testamentaria”⁴⁶.

Por otro lado, existen autores que consideran que la sindicación es un contrato asociativo o societario. Sapena señala que se trata de un contrato asociativo “ni una sociedad ni una asociación en el sentido legal español, pero sí una asociación en sentido

⁴² Rocca, Eduardo, El Futuro del Derecho Societario, Jornada Preparatoria del VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la EMPRESA, UADE, 24 de abril de 2001, en www.uade.edu.ar.

⁴³ Mascheroni y Muguillo, op. cit., p. 203.

⁴⁴ Mambrilla Rivera, op. cit., p. 315 y ss.

⁴⁵ Mascheroni y Muguillo, op. cit., p. 202.

⁴⁶ Sánchez González, op. cit., p. 80.

amplio”⁴⁷. Criterio que lo clarifica Jordano mencionando que se trata de “una asociación especial, un contrato atípico puro con tipicidad social”⁴⁸.

Para el autor Pedrol⁴⁹, por su parte se trata de una asociación con algunos elementos atípicos muy importantes, propios de la sociedad, y que por tanto, debe someterse a la disciplina de los contratos plurilaterales asociativos de organización, cuya causa consiste en lograr, mediante la organización colectiva del voto, el fin común de ejercer determinada influencia en la voluntad social.

El profesor Garrigues⁵⁰, al igual que los autores citados se muestra partidario de incluir a los sindicatos de acciones no como sociedades sino como figuras asociativas.

Otros autores, como Menéndez Menéndez⁵¹, presentan novedosos criterios acerca de la naturaleza del contrato de sindicación de acciones. Para este último, en aquellos convenios en que se encuentre ausente el fin común (por ejemplo, aquél en que un accionista busca ser ratificado como administrador, mientras que el otro persigue aumentar sus dividendos), lo que existe verdaderamente es un contrato de cambio. Esta posición es atacada por Mambrilla Rivera⁵², para quien siempre existe un fin común en los contratos

⁴⁷ J. Sapena Tomás, El sindicato de accionistas en nuestro derecho vigente, 1956, p.189, citado por Sánchez González, op. cit., p. 80.

⁴⁸ Sánchez González, op. cit., p. 80.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Garrigues, op. cit., p. 105.

⁵¹ Menéndez Menéndez, Aurelio, Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la Sociedad Anónima, en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Madrid, Civitas, 1978, p. 361.

⁵² Mambrilla Rivera, op. cit., p. 326 y ss.

de sindicación de acciones, cual es el de ejercer determinada influencia en la formación de la voluntad social, criterio al cual nos adherimos plenamente.

En la Doctrina Española, así como en el Derecho Italiano y Francés, uno de los escollos con los que se enfrenta la inclusión del acuerdo de sindicación de acciones como contrato mercantil, es la carencia de un fin lucrativo como fin directo o preponderante del contrato, lo que a criterio de Girón Tena⁵³, no es un carácter distintivo de los contratos mercantiles, ni constituye nota peculiar o elemento definidor de la noción amplia de sociedad.

Quienes participan de la exclusión de los acuerdos de sindicación de la categoría de contratos mercantiles, consideran que el ánimo de lucro no se encuentra de manera inmediata en los convenios sindicales, pues su objeto inmediato y directo es influenciar el derecho de voto. Un ejemplo de ello sería el que alude Savatier: “en una sociedad editora de un diario, el compromiso de voto para obtener la mayoría puede tener por finalidad un cambio en la orientación política del periódico y no necesariamente un fin de naturaleza pecuniaria”.

En contra se expresa Garrigues⁵⁴, para quien los accionistas siempre se sindicán con el objeto de mejorar el negocio y, por lo tanto, el rendimiento de la sociedad. Somos partidarios de esta última corriente, pues cualquier contrato que se celebre con el objeto de

⁵³ Girón Tena, Derecho de Sociedades, Madrid, 1976, Tomo I, pp. 34 - 35.

⁵⁴ Garrigues, op. cit., pp. 105 y 106.

regular el funcionamiento de una compañía, tendrá siempre sustancia económica, y será por tanto, mercantil.

En el derecho germánico y, más concretamente, en el alemán y el suizo, se conceptúa a los contratos de sindicatos de accionistas como sociedades civiles o, al menos, como simples formas jurídicas societarias con gran flexibilidad organizativa⁵⁵.

Desde la perspectiva, los convenios de sindicación de acciones presentan los elementos básicos del concepto amplio de sociedad: el origen negocial, el fin común y la promoción por parte de los socios.

La suscripción de estos acuerdos de sindicación de acciones es una situación diversa de las limitaciones legales y estatutarias, que busca reglamentar una o varias relaciones intersubjetivas cuya existencia no se encuentra regulada por el estatuto social; es decir, operan a manera de complemento del estatuto social, pues desarrollan o amplían aspectos que éste no ha normado de forma adecuada o suficientemente extensiva.

Los acuerdos o sindicatos de voto, su intención siempre será la de unificar criterios para conseguir “un influjo, normalmente estable y duradero, sobre la marcha de la sociedad”⁵⁶ o lo que es lo mismo “asegurar el desenvolvimiento de una determinada política de actuación empresarial, velando por la estabilidad y el ordenado funcionamiento de una gestión social de aspiración duradera”⁵⁷.

⁵⁵ Sánchez González, op. cit., p. 81

⁵⁶ Sánchez González, op. cit., p. 77-78.

⁵⁷ Menéndez Menéndez, op. cit., p. 353.

Es decir que, en definitiva, el objetivo de estos convenios es reafirmar, alcanzar o conservar lo que se ha denominado la potestad de mando o control sobre la compañía; o por el contrario, el de contrarrestar sus efectos, con el propósito de alcanzar diferentes metas, que van desde la restricción a la libre transmisibilidad de las acciones, hasta la consecución de objetivos netamente financieros.

Mascheroni y Muguillo⁵⁸ señalan como caracteres principales de esta institución a la calidad de socios de los partícipes, al carácter parasocial del acuerdo, y a la unicidad del instrumento utilizado para lograr determinados fines que se relacionan con la gestión social de la sociedad involucrada.

Otro carácter propio del acuerdo de sindicación es la relación de accesoriadad que mantiene respecto del contrato de sociedad. Como consecuencia de esta relación, se producen los siguientes efectos⁵⁹:

- La nulidad o resolución del contrato de sociedad provoca la nulidad o resolución del contrato de sindicación.

- El acuerdo de sindicación no entra en vigencia mientras no esté en vigor el de sociedad.

- Si no se fija un plazo de duración en el pacto de sindicación, se entenderá que rige por el mismo tiempo que el contrato de sociedad.

⁵⁸ Mascheroni y Muguillo, op. cit., p. 201.

⁵⁹ Sánchez González, op. cit., p. 85

- El convenio no puede contraponerse a las normas imperativas del contrato de sociedad ni a los principios esenciales de su ordenamiento jurídico.

Un aspecto importante que cabe destacar es que a diferencia de otros acuerdos que pueden asumir indistintamente ya carácter social, ya parasocial, los acuerdos de sindicación del voto no pueden revestir carácter social. No podría incluirse el sindicato de voto como una cláusula del estatuto social pues esto equivaldría a contradecir los principios configuradores de la sociedad anónima, convirtiéndolo en obligatorio para la sociedad y sus accionistas. Existen legislaciones, sin embargo, que admiten inclusive que se haga referencia a ellos en el contrato social, como la alemana.

Parece ser entonces que a los convenios de sindicación no puede asignárseles una naturaleza jurídica unitaria. Así, coincidimos con Sánchez González en que bajo esta línea:

parece fundada la tesis de quienes atribuyen a los convenios unilaterales sobre el voto la naturaleza de negocios o contratos de gestión, excluidos del ámbito de las figuras de naturaleza asociativa o societaria, y a los convenios bilaterales o plurilaterales, naturaleza genéricamente societaria o asociativa⁶⁰.

⁶⁰ Sánchez González, op. cit., p. 81.

CAPÍTULO III

CLASIFICACIÓN DE LOS PACTOS DE SINDICACIÓN

El autor Rodrigo Uría⁶¹ hace una distinción entre los pactos sobre el voto, mediante los cuales el accionista se obliga con otros accionistas a votar en junta general en cierto sentido, y los denominados propiamente sindicatos, que agrupan a los diferentes accionistas unidos por el pacto y les someten a una disciplina común en el ejercicio del derecho de voto.

De igual manera Manuel Broseta Pont⁶² esboza una diferenciación de lo que se debería entender por sindicación y sindicatos de voto, así menciona que comprenden dos supuestos diferentes, por una parte, aquel pacto que realizan los accionistas con todas sus acciones para impedir que se transmitan fuera del grupo; y por otra, aquél que se celebra cuando se desea vincular en un solo e idéntico sentido de forma permanente los votos de un conjunto de accionistas, que se desean emitir unidos para reforzar su importancia y, en ocasiones, unidos mantener el dominio sobre la sociedad.

De lo anterior se colige que para lograr el objetivo de pactos de sindicación de acciones, esto es, “estructurar un medio idóneo para intervenir en la conducción de la sociedad a través del ejercicio del voto”⁶³, existen un sinnúmero maneras en que esta figura puede instaurarse.

⁶¹ Uría, op. cit., p. 305.

⁶² Broseta Pont, op. cit., p. 253.

⁶³ Mascheroni y Muguillo, op. cit., p. 214.

Ejemplo de lo afirmado lo constituye la clasificación contenida en el Diccionario Jurídico Argentino⁶⁴ el cual categoriza a este tipo de convenios de la siguiente manera:

- Según su finalidad inmediata: convenio de mando, convenio de bloqueo y convenio de mando y bloqueo.
- Según su finalidad mediata: sindicato de mando y sindicato de defensa.
- Según su duración: para un determinado acuerdo y para un lapso determinado.
- Según su forma de comprometer el voto: con de entrega de títulos a un síndico, votando directamente en cierto sentido y otorgando poder a un síndico.

No obstante dicha clasificación se queda corta respecto de otras variantes de acuerdos que surgen a partir de los diferentes fines que persiguen los socios así como de la forma en que los acuerdos se instrumentan. Teniendo en cuenta estas consideraciones, se puede clasificar a su vez a los pactos de sindicación de acciones como sigue:

Por clase de Acciones:

- Acciones al Portador.
- Acciones nominativas.
- Acciones de voto plural.

Por la situación de las acciones sindicadas:

- Con depósito de títulos.

⁶⁴ Sindicación de acciones, Diccionario Jurídico Argentino, en www.tododeiure.host.sk.

- Sin depósito de títulos.

Por la naturaleza del compromiso:

- Compromiso simple del voto del propio accionista.
- Compromiso de poder o delegación.
- Compromiso de cesión total o parcial o de gravamen para la utilización de negocios jurídicos indirectos.

Por la finalidad:

- Sindicato de mando.
- Sindicato de defensa.

Por la estructura:

- Los que exigen la adopción de acuerdos por unanimidad.
- Los que permiten acuerdos por mayorías.
- Los que conceden facultades discrecionales al síndico o gerente.

Por el contenido:

- Los que abarcan toda clase de decisiones sociales.
- Los que se refieren a temas determinados.
- Los que se establecen para un solo asunto.

Por las facultades concedidas al síndico:

- Los que contemplan al síndico como un simple mandatario.

- Los que conceden ciertas facultades autónomas y no revocables ad nutum.

En similar sentido los clasifican Mabel F. Mirkin y Eduardo Chehtman⁶⁵ quienes opinan que para catalogar estos convenios se puede partir de distintos criterios, a saber:

Por la finalidad inmediata puede ser:

- De mando: el sindicato de accionistas típico, cuyo objetivo es la unificación del voto de las acciones sindicadas;
- De bloqueo: que limitan la transmisibilidad de las acciones durante cierto tiempo, o las sujetan a determinadas condiciones en interés de los demás sindicatos.

Pedrol, citado por los mencionados autores, los clasifica a los sindicatos de mando de la siguiente forma:

- Por la clase de acciones: de acciones ordinarias, de voto plural, de acciones nominativas y al portador;
- Por la situación de las acciones sindicadas: con depósito de títulos o sin depósito;
- Por la naturaleza del compromiso: con compromiso de entrega de los títulos para que el síndico vote por sí o con compromiso de voto del propio accionista o con compromiso por poder a favor del síndico;
- Por la finalidad: sindicato de mando propiamente dicho y sindicato de defensa;
- Por el límite de tiempo: sindicación para un solo acuerdo social y para un tiempo determinado.

⁶⁵ Mirkin y Chehtman, op. cit.

De las clasificaciones antes citadas, en el presente trabajo solo se ahondará en los tipos de sindicatos más relevantes:

3.1 Por la posibilidad de lograr o retener el manejo del gobierno de la sociedad:

3.1.1 Sindicatos de mando

Estos sindicatos son también conocidos como de voto o de mayoría y por regla general son motivados o que tienen por finalidad el control de la sociedad, mediante el ejercicio de voto en un sentido determinado a fin de lograr la mayoría en las asambleas que asegure a los socios sindicados la dirección de la empresa.

Se pronuncia en este sentido Molina Sandoval, cuando menciona que el contrato de dominio es un instrumento mediante el cual las partes sindicadas buscan transformarse en un foco de poder sincronizado la votación en el acto asambleario y tienen una directriz determinada: el control de la sociedad. Su finalidad es el dominio del órgano de gobierno societario.

Sobre este punto Fares, aclara que en algunas ocasiones el sindicato de mando comprende al de bloqueo reunidos en uno solo, logrando mayor estabilidad en la vida social.

Existen autores que consideran que estos sindicatos ensombrecen e incluso coartan la actividad de los administradores de la compañía, ya que al contar con un grupo de socios que ostentan el mando absoluto de la compañía, las funciones de los administradores se quedan limitadas hasta llegar a constituirse en meros ejecutores de las decisiones del sindicato. No obstante, la jurisprudencia argentina ha señalado:

[...] mientras no se hayan producido situaciones patológicas por las que el grupo sindicado pretenda atentar contra el interés social, perjudicando a otros accionistas no existe ninguna hipótesis de conflicto entre el objeto y los fines del grupo sindicado por una parte, y por otra, lo que el administrador puede hacer en beneficio del interés social⁶⁶.

3.1.2 Sindicatos de defensa

Carlos R. Caamaño⁶⁷, en su ensayo sobre la Sindicación de acciones lo define como aquel contrato que establece restricciones a una posible transferencia de una tenencia accionaria, de los integrantes suscriptores a los no sindicados. Pudiendo brindar o no el derecho de compra preferente a los sindicados de la tenencia accionaria. De este modo, se pretende consolidar el gobierno dentro de la compañía.

También se pronuncia sobre esta clase de sindicatos el autor Pedrol, quien citado por Caamaño, dice:

Cuando los negocios marchan demasiado mal, cuando la administración es deficiente, o cuando el grupo mayoritario tiende a utilizar su poder en provecho

⁶⁶ Jaime Anaya, Fallo de su autoría emitido por la Corte Provincial de Buenos Aires, dentro del juicio seguido por Carlos J. Sánchez contra el Banco de Avellaneda, Buenos Aires, Septiembre 22, 1982, en Favier Dubois (Director), op. cit. pp. 493 y ss.

⁶⁷ Caamaño, Carlos R., Sindicación de Acciones en www.derecho-comercial.com/Doctrina/caama-01.pdf

propio exclusivamente, surge el sindicato de defensa por el que los accionistas, hasta entonces dispersos, se organizan, unifican el poder de voto y hacen acto de presencia en la junta con un conocimiento de los asuntos del que carece normalmente el accionista aislado⁶⁸.

y aclara,

la sola presencia en la junta de esta fuerza, aunque sea minoritaria, es bastante, en muchos casos, para frenar aquella sensación de impunidad que representa el gran peligro, en la sociedad anónima y la sociedad política, de los gobiernos sin oposición.⁶⁹

3.1.3 Sindicatos de bloqueo

Los sindicatos de bloqueo a decir de Carlos R. Caamaño⁷⁰ son aquellos contratos, que tienden a limitar una eventual transmisibilidad de las acciones durante un tiempo determinado a terceros no sindicados, o en ocasiones, la sujetan a determinadas condiciones a fin de proteger el interés de los demás socios sindicados manteniendo una misma mayoría e impedir su desintegración. Esta finalidad se la consigue usualmente mediante el otorgamiento de una opción preferencial a los suscriptores del convenio.

El sindicato de mando antes descrito puede incluir el de bloqueo. En opinión de Fares⁷¹, citado por Caamaño “el sindicato de bloqueo es un sindicato financiero con fines especulativos. El sindicato de mando tiende a adquirir las potestades de mando, el de

⁶⁸ Citado por Carlos R. Caamaño, op. cit.

⁶⁹ *Íbid.*

⁷⁰ Caamaño, op. cit.

⁷¹ *Íbid.*

bloqueo a conservarlas. Esto último plantea el problema de la libre transferencia de las acciones”.

Al respecto Pedrol⁷² afirma que “el sindicato de bloqueo se apoya sobre un convenio por el que los accionistas sindicados se comprometen a no desprenderse de sus acciones o a cederlas en todo caso a favor de los otros sindicados durante el período de vigencia del convenio. El sindicato de voto necesita del sindicato de bloque para obtener una verdadera efectividad del compromiso de voto en que se apoya”.

3.2 Por la situación de las acciones sindicadas:

3.2.1 Sindicato con retención del título

Conforme a este tipo de convenios, los socios sindicados conservan la posesión del título y asisten a las juntas generales, sustentándose el compromiso de voto en la buena fe del socio sindicado, es decir, constituye un pacto de caballeros; pudiendo también instrumentarse mediante el otorgamiento de un poder a un tercero para que éste ejerza en su representación tal derecho.

3.2.2 Sindicato con transmisión del título

En los sindicatos con transmisión de título los accionistas sindicados se liberan de la tenencia del título, transfiriéndolo al mandatario, haciendo una expresa cesión de su

⁷² Citado por Carlos R. Caamaño, op. cit.

derecho al voto. La transmisión del dominio del título suele ser ficticia. En ocasiones, se instrumenta a través de un usufructo de acciones o de un fideicomiso, el mandatario actúa como titular de la tenencia accionaria del grupo sindicado o a través de la constitución de una prenda. En los países en que sus legislaciones admiten la existencia de acciones al portador, la transmisión se realiza mediante la simple entrega del título al mandatario.

3.3 Por la forma en que se defina el voto en la junta general:

3.3.1 Sindicato unánime

Este tipo de sindicatos resulta cuando el sentido del voto en la asamblea debe ser tomado de forma unánime por los accionistas sindicados en la asamblea parasocial. Otaegui⁷³, citado por Mascheroni y Muguillo, señala que circunscribir la validez de estos acuerdos a esta fórmula limitaría gravemente la utilidad de este instituto; toda vez que entorpecería significativamente la toma de decisiones dentro del sindicato.

3.3.2 Sindicato colegiado

Esta clase de sindicatos de accionistas resulta cuando se autoriza que el sentido de la votación se decida por la mayoría de los socios sindicados reunidos en asamblea parasocial. Según el autor Otaegui, citado por Mascheroni y Muguillo, se puede afirmar

⁷³ Otaegui, La sindicación de acciones, Revista Jurídica de San Isidro, 17 (1981) 135 y ss, citado por Mascheroni y Muguillo, op. cit., p. 217

que este tipo sindicato no afecta en modo alguno a la libertad de voto en la asamblea, ya que éste no es un deber; sino un derecho cesible y predeterminable mediante acuerdos parasociales⁷⁴.

⁷⁴ Otaegui, op. cit., p. 217.

CAPÍTULO IV

EFICACIA DE LA SINDICACIÓN DE ACCIONES

Sobre este punto, la doctrina no guarda unanimidad de criterio, pues hay autores que piensan que sus efectos son iguales a los que se atribuyen a todo contrato y por lo tanto a la sindicación le serían aplicables los mismos principios que se asignan en el derecho civil a cualquier acuerdo.

Otro sector de autores piensa que la eficacia y correspondiente oponibilidad de la sindicación no es de la de un contrato propiamente dicho, entre ellos Garrigues, quien considera que se le puede atribuir la misma eficacia que a un *gentlement agreement*⁷⁵ o acuerdo de caballeros, es decir una obligación natural. El autor señala que el accionista que ha suscrito el pacto sigue en libertad sobre su derecho a voto, ya que el mismo, aún emitido en contra de lo establecido en el acuerdo, continúa siendo societariamente un voto válido. Existen, por tanto, “simples deberes morales de lealtad y fidelidad para con lo pactado, cuyo incumplimiento se traducirá, a lo sumo, en una indemnización de daños de difícil prueba; resulta entonces recomendable la inclusión de una cláusula penal”⁷⁶.

Cottino⁷⁷ señala que la fuerza vinculante del pacto se encuentra condicionada más que a la imperatividad del acuerdo, a la conveniencia de observarlo, por las consecuencias que de su inobservancia pueden generarse en la imagen del accionista y en las relaciones

⁷⁵ Garrigues, op. cit., p. 96.

⁷⁶ Simone Lasso, Carmen, Los Convenios de Sindicación de Acciones, Trabajo de Cátedra Clínica III, PUCE, 2001

⁷⁷ Cottino, Diritto Commerciale, Volumen I, Tomo II, Milán, Cedam-Padova, 1987, p. 423, citado por Sánchez González, op. cit., p. 93.

con sus socios. Viandier⁷⁸ complementa diciendo que los pactos de sindicación no son más que compromisos de honor. Es por ello que a juicio de Menéndez Menéndez⁷⁹, se trata de una forma muy poco segura, pues la accesoriedad del sindicato al contrato de sociedad, no le resta a este último su autonomía; y, por tanto, el accionista es finalmente libre de violar el compromiso que asumió con el sindicato.

Por su parte el autor Eduardo Aníbal Marsala⁸⁰ señala que a fin de establecer los posibles efectos de los acuerdos de sindicación, se deben seguir tres principios básicos:

- Protección de los derechos de terceros: los pactos no podrán aumentar los derechos del socio de forma tal que directa o indirectamente se perjudiquen los derechos de los demás socios o de terceros.

- El orden público societario, es decir que con estos pactos no es posible modificar o alterar normas de este carácter, tal como aquellas que prescriben el régimen de aportes, el régimen del voto, que disminuyen la responsabilidad del socio más allá de su capital, etc.

- La autonomía de la voluntad, esto se refiere a que los pactos pueden regular e inclusive prevalecer sobre el estatuto social, en cuanto se refieran a derechos y obligaciones de los socios relativos exclusivamente a la relación de estos con la sociedad.

⁷⁸ Viandier, op. cit., p. 3253.

⁷⁹ Menéndez Menéndez, op. cit., p. 364.

⁸⁰ Favier Dubois, op. cit., p 407.

En función de lo anterior y pese a la incompatibilidad de criterios que guarda la doctrina sobre éste punto, a continuación se detallan los aspectos más relevantes respecto de la eficacia y correspondiente oponibilidad de los convenios de sindicación de acciones según la relación entre los sujetos:

4.1. Entre los socios sindicados

Para el caso de los accionistas suscriptores, por tratarse de un contrato, el acuerdo tiene el efecto de ley para las partes (Art. 1561 del Código Civil). Como una extensión a este principio, cabría afirmar que a este acuerdo le son aplicables otros principios propios del Derecho de Obligaciones, entre ellos los contenidos en los artículos 1562, 1568, 1569 y 1571 del Código Civil.

Por lo que frente al incumplimiento de uno de los socios, cualquiera de los otros accionistas sindicados o todos ellos, podrían acudir a la justicia ordinaria para que a través de este mecanismo se obligue al accionista incumplido a ejecutar lo establecido en el contrato, o, en su defecto, para que se le ordene indemnizar por los daños generados y/o se ejecute la cláusula penal en caso de haberla pactado. Así también se lo ha incluido en la legislación comparada, mas precisamente en el Art. 331 inciso segundo de la Ley 16.060 de Sociedades de Uruguay⁸¹.

⁸¹ Ley 16.060 de Sociedades Comerciales del Uruguay. En www.kpmg.com.uy.

Asimismo, Sasot Betes y Sasot⁸² mencionan que el voto no es un deber del accionista ni se concede en interés de la sociedad, sino que se otorga en interés particular de los accionistas y, por consiguiente, no existe impedimento alguno para que un socio una su voto con el de los demás con el objeto de defender sus intereses en la forma para el mas apropiada. Es mas, en la legislación argentina no existe disposición alguna, que consagre la nulidad o infracción de los convenios de voto; toda vez que, una convención entre los accionistas se mueve en el ámbito de sus derechos disponibles, manteniéndose en un plano exterior a la sociedad, las limitaciones que deriven de tal vinculación es materia que solamente concierne a los accionistas que forman el sindicato, en tanto no se persiga de esta suerte un objeto ilícito. Por lo cual, el accionista bien puede limitar voluntariamente la libertad del voto, obligándose con otros socios o con terceros a votar en las juntas generales en un determinado sentido, dado que el pacto solo cobra valor en las relaciones internas de quienes estipulan y no afecta en nada a la esencia misma del derecho de voto. Una sociedad anónima es siempre la misma sociedad, no importa en que manos estén sus acciones, de tal suerte puede decirse justamente que en una junta general no son los accionistas quienes votan, sino las acciones y poco importa quien represente esas acciones.

Más aún, los antedichos autores señalan que en la exposición de motivos de la Ley 19.550 argentina, Capítulo VIII, se menciona que distintas instituciones han propugnado la inclusión de normas acerca de la legitimidad de la sindicación de acciones. No obstante el Legislativo se ha inclinado por omitirlas, por diversas razones, entre ellas porque:

a) No se trata de un pacto, acuerdo o convenio que integre el régimen legal de las sociedades. Es un contrato que, aunque pueda llegar a afectar el funcionamiento de

⁸² Sasot Betes, Miguel A. y Sasot, Miguel P., Sociedades Anónimas. Acciones, Bonos y Debentures Ed. Abaco, Buenos Aires, 1985, p.310.

instituciones de la sociedad, es ajeno a esta. Es un auténtico acto parasocial, que no obliga a la sociedad y que esta podrá impugnar cuando desvirtúe o afecte su funcionamiento leal

b) No cabe una norma única, que legitime o fulmine de nulidad o ineficacia cualquier pacto de esta clase, depende de los fines perseguidos con tal contrato, por lo que la mayoría del Legislativo juzga que son suficientes las normas generales del derecho.

Ahora bien, la circunstancia de ser los convenios de sindicación de acciones acuerdos interpartes y no *erga omnes* hace que su eficacia sea muy relativa, pues si el sindicato no cumple con lo convenido y da su voto en la junta de la sociedad apartándose de lo acordado o transfiere sus acciones sin la conformidad de los sindicatos, ni la sociedad puede considerar nulo el voto ni el tercero adquirente de las acciones queda obligado a cederlas al sindicato.

Bien podrá argüirse que en ambos supuestos el sindicato puede exigir al accionista sindicado que efectivice las cláusulas penales o las indemnizaciones previstas para casos de incumplimiento, pero no lo es menos que ello no resuelve el conflicto, es decir, evitar que el voto se dé en forma distinta de lo convenido o que la acción pase a manos de un adquirente no grato al sindicato, o que se desequilibre el centro de poder por haber perdido el sindicato la mayoría para imponerse en las asambleas de la sociedad.

De igual manera lo ha concebido la doctrina argentina⁸³, que en cuanto a la eficacia de estos convenios se sostiene que, en la práctica, el único medio eficaz de sindicación se obtiene recurriendo a la desposesión o bloqueo de las acciones. Ya que por ejemplo, el

⁸³ Sindicación de Acciones, Diccionario Jurídico Argentino, en www.tododeiure.com.ar/diccionarios/juridico_s05.htm

sindicato de mando exige el deber de cumplir lo convenido, pero su incumplimiento no genera otra consecuencia que una dudosa indemnización del daño de difícil determinación. Es por ello que en la práctica, conforme lo acotan Mabel F. Mirkin y Eduardo Chehtman⁸⁴, los accionistas se valen de la desposesión de las acciones para obtener un instrumento eficaz del sindicato de bloqueo. Como se anotó, consiste en desprender a los accionistas de sus respectivas tenencias o limitar las posibilidades de transmisión de ellas, y confiar el voto a un tercero.

Mirkin y Chehtman señalan que para obtener tal fin, los sindicatos se valen principalmente de tres medios:

- El nombramiento de un síndico para asistir a las asambleas y votar por ellos;
- El depósito de las acciones, generalmente en una institución bancaria o en una notaría, transfiriendo al síndico la facultad de disponer de ellas;
- La prohibición de enajenar las acciones sin previa notificación a los demás accionistas, quienes gozan del derecho de preferencia.

De ahí que los sindicatos de mayoría son al mismo tiempo sindicatos de bloqueo. Y es así porque, como afirma el autor Pedrol, “los accionistas con auténtica mentalidad de socios, y no de simples inversores o especuladores, entran en la sociedad y permanecen en ella interesados en su política de dirección, respecto de la cual tienen ideas propias”.

⁸⁴ Mirkin y Chehtman, op. cit.

Finalmente, Mascheroni y Muguillo⁸⁵, consideran que es consecuencia del carácter relativo de los contratos, el que únicamente los socios sindicados y vinculados por el pacto estén legitimados para cuestionar la validez jurídica del mismo o de alguna de sus cláusulas, y que sólo sus suscriptores puedan invocarlas.

4.2. Frente a accionistas no sindicados

Los autores Mascheroni y Muguillo⁸⁶ consideran que el tercero que adquiere una acción sindicada no es diferente de los demás terceros, y que por lo tanto, no le son oponibles ni las obligaciones ni los derechos emergentes del pacto suscrito por el cedente de la acción. A menos que manifieste su voluntad de aceptar y adherirse al pacto de forma expresa, ya que “la sindicación no es un derecho inherente a la acción, y, por tanto, no se transmite con ésta”⁸⁷.

Del análisis que realiza Ignacio Escuti⁸⁸ igualmente se concluye no le serían oponibles al resto de accionistas no sindicados ni al cesionario de la acción sindicada las obligaciones del pacto suscrito por los accionistas sindicados; pues una restricción estatutaria adquiere eficacia *erga omnes*, tanto si se trata de una cláusula de consentimiento a la transferencia de acciones como si se trata de conceder a los demás socios un derecho de adquisición preferente. Más esto no es así cuando la restricción, en lugar de derivar de

⁸⁵ Mascheroni y Muguillo, op. cit., p. 220.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 220

⁸⁷ Simone Lasso, Carmen, op.cit.

⁸⁸ Escuti, Ignacio A., Sindicación de Acciones y Exclusión del Socio, Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 38, 2005-B, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, Primera Edición.

una cláusula estatutaria, nace simplemente de un convenio, como es el caso del sindicato. El pacto de sindicación como nexo obligacional no alcanza a neutralizar la eficacia de una transmisión violatoria del mismo, por estar siempre circunscripto a las partes que lo suscriben. Ahora bien, conviene advertir que entre las limitaciones provenientes del pacto parasocial y las cláusulas estatutarias limitativas existe, entre otras, la sustancial diferencia de que mientras estas últimas encuentran su razón de ser en el condicionamiento que la compañía impone a la ley de circulación de título o en el propio contrato de sociedad en cuanto regular la transmisión de la calidad de socio, la restricción parasocial halla su fundamento es un convenio de indisponibilidad.

4.3. Frente a la sociedad

Hasta lo expuesto, la sindicación de acciones resultaría eficaz entre los socios sindicados y sus sucesores universales, mas se tornaría inoponible a los accionistas no sindicados así como a cesionarios de acciones sindicadas que no hayan manifestado expresamente su voluntad de ser incluido en el sindicato. Ahora respecto de la propia sociedad, existen autores como Mascheroni⁸⁹ que mencionan que al no ser ésta firmante del pacto, no es parte del convenio y por ende no le sería oponible el convenio de sindicación de acciones.

Contrariamente, Rossi⁹⁰ considera que si el pacto o el estatuto previesen un reglamento, éste se inscribirá en el Registro Público de Comercio –el equivalente a nuestro

⁸⁹ Mascheroni y Muguillo, op. cit., p. 221

⁹⁰ Fabier Dubois, op. cit., p. 62

Registro Mercantil- con los mismos recaudos. Sin embargo, como lo señala cierta parte de la doctrina, la falta de previsión estatutaria del reglamento no imposibilitaría ni haría ilegítima su existencia. No obstante, incidiría sobre su registrabilidad y consiguiente oponibilidad a terceros. Postura que se ve apuntalada en un fragmento de un fallo argentino (Sánchez Carlos J. c/ Banco Avellaneda S.A. y Otro. LL T183 B), de Guillermo Matta y Trejo, que expone: “La posición de los Demandados: [...] El convenio que no solo no es ilegal, si no que es admitido por las autoridades públicas [...] La existencia del pacto de sindicación de acciones era conocida por la Comisión Nacional de Valores, en virtud de ser un acto de denuncia obligatoria”.

Asimismo, Rossi⁹¹, hace mención a otra forma de registro de los reglamentos a fin de determinar la oponibilidad limitada o plena del sindicato de acciones, cuando expone que cualquier otra mención que derive de la situación jurídica de las acciones y de sus modificaciones, se asentará sobre el libro de registro de accionistas que será de consulta para los accionistas.

El artículo 8 de la Ley General de Sociedades del Perú maneja similar criterio, al señalar que los convenios de sindicación son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea conveniente, siempre que sean debidamente comunicados y no se encuentren en contradicción con el pacto social o estatuto. Un criterio semejante maneja el derecho uruguayo, en donde, a criterio de Holz⁹², la entrega del ejemplar del acuerdo a la sociedad le impone a ésta la obligación de hacer cumplir el acuerdo, por lo cual no podría

⁹¹ Íbid.

⁹² Holz, Eva y Hargain, Daniel, citados en el artículo Convenios de sindicación de acciones, en www.derechocomercial.edu.uy

adoptar resoluciones ni permitir conductas que se opongan a las disposiciones del pacto de sindicación.

No obstante el respetable criterio, el poner en conocimiento un determinado negocio jurídico no genera la posibilidad de oponerlo frente a la sociedad ni frente a terceros por que se estaría alterando los modos registrales que establece nuestra legislación. Quizá la anotación en el libro dará publicidad del pacto de sindicación frente a los socios pero no frente a los terceros, dado que el mismo no es público, y las autoridades de control tampoco pues no tienen mayor incidencia sobre éste.

Mas aún, resulta inaceptable el criterio del autor señalado, si se considera que en el actual derecho mercantil no se prevé una registrabilidad residual que facilite o permita la posibilidad siquiera de que los otorgantes de un determinado acto de voluntad soliciten y obtengan su anotación o registro en los libros sociales y menos aún en los registros públicos, si no que esta necesidad o mandato de registro de determinado acto debe hallarse expresa o implícitamente contemplada por la ley, para la cual los actos inscribibles son una suerte de *numerus clausus* resultante de la ley, en este caso de la Ley de Compañías, Código de Comercio, Código Civil u otros cuerpos normativos atinentes a la materia.

En apoyo de esta tesis se pronuncia el juez Anaya⁹³ cuando menciona que si las modificaciones al contrato social no inscriptas no son oponibles ni pueden ser alegadas por los terceros, con mayor razón no lo serán los pactos o contratos que no tienen por objeto la reforma del contrato, por lo menos en los casos de accionistas o cuotistas, es decir de

⁹³ Anaya, Jaime Luis citado en Favier Dubois, op. cit., p 18.

socios en los tipos donde precisamente resultan relevantes las sindicaciones [...]Tras lo dicho queda en claro la aplicabilidad en el derecho argentino de la doctrina que destaca la separación en dos campos de las relaciones jurídicas entre los socios, aún en el supuesto de que todos los socios participen en el contrato parasocial; este será la fuente de las relaciones en uno de los campos, mientras en el otro derivarán del contrato social y, en principio, permanecerán insensibles a las primeras.

No obstante, Molina Sandoval establece una especie de excepción a la regla y dice:

Previsión Estatutaria: Una de ellas es que el propio estatuto prevea alguna forma de oponibilidad del convenio de sindicación de acciones. Esta inclusión estatutaria modificaría la regla de la oponibilidad del convenio, ya que la posibilidad habría sido prevista en el estatuto. Obviamente, en estos supuestos el estatuto ha de prever algunas condiciones que garanticen a la sociedad y a sus administradores el efectivo conocimiento de dichos convenios. Tales cláusulas pueden ser por ejemplo: remitir un ejemplar del convenio parasocial a la sociedad, notificar a los administradores de la existencia del convenio, la exposición por determinado tiempo en un lugar visible en la sede social.

Disentimos con la postura expuesta, consideramos que no resulta suficiente, el conocimiento que la sociedad tenga de la celebración del convenio para que su contenido le sea oponible. Pues más allá que los accionistas e incluso la sociedad se encuentren enterados, eso no incluye de manera alguna y menos aún vincula a terceros excluidos a los cuales la suscripción del convenio no les alcanza sus efectos. Tal es el caso de acreedores de la sociedad y de los socios sindicados, ambos ajenos a la relación contractual y en consecuencia les son inoponibles tales pactos. Adicionalmente, debería tomarse en cuenta otros aspectos, como la posibilidad de cumplimiento de lo acordado sin que se vulnere norma alguna sea estatutaria o de carácter general.

Aún más, compartimos con el tratadista Sánchez González⁹⁴ quien consagra la exención de la sociedad frente a lo pactado por los accionistas sindicados, al hablar de la imposibilidad de mencionar al acuerdo de sindicación en la escritura social, por tratarse de un pacto que no establece vínculo alguno entre los socios y la sociedad.

4.4. Frente a terceros

Para los tratadistas Mascheroni y Muguillo⁹⁵ y Menéndez Menéndez, la expresión terceros comprende tanto a la sociedad como a cualquier otra persona ajena al convenio, consideran que el pacto es *res inter alios acta, nemo prodest nemo benefit alteri*, no siéndoles oponibles el pacto ni las obligaciones o derechos emergentes de éste. Igual opinión tiene Marsala⁹⁶, quien estima que todos los contratos parasocietarios son inoponibles a terceros.

Conclusión de lo dicho es que los terceros deben dar fe y sujetarse exclusivamente a lo que resulta del contrato social. A su respecto es irrelevante la publicidad que haya tenido el pacto parasocial, la comunicación que para su conocimiento se haya cursado a la

⁹⁴ Sánchez González, op. cit., p. 84.

⁹⁵ Mascheroni y Muguillo, op. cit., p. 221.

⁹⁶ Marsala, Eduardo Aníbal, Los Contratos Parasocietarios. Sus Efectos, en Favier Dubois, op. cit., p. 407.

sociedad o la noticia personal que haya tenido el tercero. A este propósito Diego Corapi⁹⁷ esclareció que ni siquiera en la hipótesis de que todos los socios se hubiesen sujetado al mismo tiempo a un contrato accesorio podría éste tener repercusiones de carácter real. Cuando la organización societaria es una persona jurídica [...] la repercusión del pacto social sobre las vicisitudes del ordenamiento estatutario y en particular sobre la posición de las partes en la sociedad solo puede ser indirecta, en cuanto debe necesariamente pasar a través de los idóneos mecanismos societarios.

⁹⁷ Anaya, Jaime Luis, *La Sindicación de Acciones*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997. citado en Favier Dubois, op. cit., p 22.

CAPÍTULO V

LICITUD DE LOS ACUERDOS DE SINDICACIÓN

La licitud de los acuerdos de sindicación de acciones, está marcada por tres tendencias que nacen del distinto desarrollo y caracterización que la figura de la sindicación ha tenido en los diferentes ordenamientos jurídicos alrededor del mundo.

La primera tendencia se observa en países regidos por normativa de raíz anglosajona así como también en aquellos que mantienen en su ordenamiento una influencia de origen germánico, como es el caso de Alemania, Austria, Estados Unidos⁹⁸, Holanda, Inglaterra, Luxemburgo⁹⁹ y Suiza. En este tipo de ordenamiento la tendencia mayoritaria es favorable a la validez de los sindicatos de accionistas; lo anterior ya que consideran a la sindicación como una beneficiosa opción enfocada al desarrollo de las sociedades anónimas. Asimismo, países como Brasil, Perú y Uruguay se han ido sumando a esta tendencia incorporando en sus ordenamientos normas que dotan de licitud de estos convenios.

En legislaciones más cercanas a la nuestra se observa una segunda tendencia; en estos ordenamientos existe una disputa grande en torno a la licitud de los convenios de sindicación. Sin embargo de lo cual, al correr de los años la tendencia a la ilicitud de dichos acuerdos ha ido perdiendo vigencia, dada la constante evolución del comercio y por

⁹⁸ Rossi, en el libro *Negocios Parasocietarios*, p. 42, dice: “*La Model Business Corporation Act, que inspiró otras leyes estatales en los Estados Unidos, permite la creación de llamado voting trust, en el que los accionistas entregan sus acciones a uno o más trustees (que actúan como fiduciarios) para que éstos voten en las asambleas conforme a las instrucciones que reciban. Los accionistas, a cambio de dicha transferencia, reciben un certificado de fiducia (trust certificate) que les garantiza su calidad de socios y la subsistencia de los restantes derechos –sobre todo al dividendo- (...)*”.

⁹⁹ Villegas, Carlos Gilberto, op. cit., p. 395

ende del derecho societario en su afán de convertirse en un derecho vivo que acoja y regule las prácticas del mercado.

Finalmente, en legislaciones como la argentina, española¹⁰⁰, francesa e italiana se observa la tercera tendencia, la cual evidencia la línea que están siguiendo los ordenamientos que en un inicio optaron por una prohibición expresa de cualquier pacto de sindicación; pero que sin embargo, con el transcurso del tiempo y dada la práctica mercantil, dicha prohibición se ha ido moderando e incluso alcanzando una aceptación jurisprudencial y doctrinaria.

De estas tres tendencias antes mencionadas, se evidencia como denominador común el reconocimiento previo de la licitud de los sindicatos de acciones en la jurisprudencia antes que en la legislación, pues como se anotó, el mercado, por lo general, se encuentra por delante de su regulación legal. A decir de Cottino, la apreciación de los signos legislativos “parecen denotar la aceptación por parte del legislador de la existencia y operatividad de los sindicatos de voto, lo que indica un proceso de legitimación en curso”¹⁰¹. Oppo, en cambio, señala que tal efecto no es sino una “evolución del ambiente jurídico en los últimos años, a la cual no puede permanecer insensible la interpretación de las normas y apunta a determinados indicios normativos”¹⁰².

¹⁰⁰ El Real Decreto 1564/89 sólo se refiere a la inoponibilidad de los pactos que los socios mantengan reservados.

¹⁰¹ Cottino, op. cit., p. 87.

¹⁰² Oppo, op. cit., p. 88.

Pese a lo anterior, la doctrina niega la validez de los convenios de sindicación cuando estos sean contrarios al estatuto social, cuando afecten los principios generales del derecho en materia contractual y cuando impliquen abuso del derecho.

Entre los argumentos que se suelen esgrimir en torno a la aceptación o negación de los pactos de sindicación se encuentra aquél que dictamina que este tipo de convenios implica un atentado al carácter esencial del derecho de voto. Criterio que parecería defender la legislación de compañías ecuatoriana, de lo que se desprende del texto del inciso tercero del artículo 221 de la Ley de Compañías, cuando dice: “También serán nulos, salvo en los casos que la Ley determine, los acuerdos o cláusulas que supriman derechos conferidos por ella a cada accionista.”

Para los autores opuestos a la sindicación, el convenio de voto implica una escisión entre el título y el derecho de voto, que llega a tener los mismos alcances que una verdadera cesión.

Cierto sector de la doctrina considera que el derecho de voto ha perdido el valor que tenía en el siglo pasado, lo cual se evidenciaría, a decir de ellos, con la aparición de las acciones sin derecho a voto o acciones de voto restringido. Dentro de estos autores se encuentra Viandier¹⁰³, quien mira con simpatía esta afectación a la fuerza del derecho de voto y a la libertad absoluta de decisión del accionista.

¹⁰³ Viandier, op. cit., p. 3253.

Asimismo, un argumento que es constantemente esgrimido por la doctrina es que el voto, además de ser un derecho del accionista, es un deber, o como lo denomina Sánchez González, es un “derecho-función”¹⁰⁴; es decir, es un instrumento para el logro de los fines sociales y no para la satisfacción de intereses personales. En este sentido, no cabría que sea objeto de negocios, compromisos o renunciaciones. Debería, por tanto, emplearse al servicio del interés social. Un nutrido sector de la doctrina, entre quienes se encuentran Mascheroni y Muguillo¹⁰⁵, Carnelutti¹⁰⁶ y Matta y Trejo¹⁰⁷, atribuyen a este derecho el carácter de subjetivo, y por ende, aceptan la validez de los negocios jurídicos que se realicen sobre o respecto de él, siempre y cuando no se vulneren los límites impuestos por el interés de social.

Como se desprende del análisis realizado en capítulos anteriores del presente trabajo, si bien existen legislaciones que han prohibido o restringido la negociabilidad del voto o su condicionamiento, existe una tendencia hacia su admisión ya sea esta de manera implícita o explícitamente constanding en el tenor normativo. Tal es el caso de legislaciones que han admitido el voto mediante mandatario, o aquellas que autorizan el usufructo de acciones. Considerando el tenor de la normativa, el Ecuador, estaría en esta línea.

Crítica habitual a la sindicación es aquella que sostiene que su existencia perjudica la correcta aplicación del principio de mayoría que debe regir en la toma de decisiones,

¹⁰⁴ Sánchez González, op. cit., p. 88.

¹⁰⁵ Mascheroni y Muguillo, op. cit., p. 212.

¹⁰⁶ Carnelutti, citado por Sánchez González, op. cit., p. 88.

¹⁰⁷ Matta y Trejo, Otra vez en torno a los pactos de sindicación entre accionistas, LL, 1980-C-1001, citado por Mascheroni y Muguillo, op. cit., p. 212.

pues condiciona la formación de una especie de voluntad colegial. Los partidarios de los convenios, como Oppo¹⁰⁸, por su parte, consideran que esta objeción es excesivamente teórica, pues en la práctica existen otras figuras como la aceptación de las acciones sin derecho a voto, que se muestran aún menos acordes con la democracia entre accionistas. El juez Anaya¹⁰⁹, partidario también de estos convenios, señala que otro mecanismo que puede considerarse quebrantador del principio de mayoría lo constituyen las sociedades Holdings o tenedoras de acciones, contempladas también en nuestra Ley de Compañías.

Asimismo, es preciso tomar en cuenta, como lo hace Ferri¹¹⁰, que entre los efectos prácticos de un sindicato de voto en el que se decide por mayoría de los sindicados, el cual no siempre tendrá un número de votos suficientes para constituir la mayoría en la junta de la compañía, y los efectos jurídicos en la junta; lo único relevante es la sujeción de las decisiones sociales a las mayorías que se requieran en cada caso para la validez de las resoluciones de la junta. Por lo que a fin de cuentas, la motivación particular que conduzca a cada accionista a emitir su voto en determinada manera resulta irrelevante e intrascendente.

Otro argumento apunta a la presunta desarticulación de la junta como órgano social, ya que la voluntad se formaría fuera de ella, vulnerándose las normas relativas a la deliberación dentro de su seno. Quienes sostienen esta crítica a la sindicación, parten del criterio de que la mejor protección del interés social se alcanza cuando cada accionista

¹⁰⁸ Oppo, op. cit., p. 88.

¹⁰⁹ Anaya, op. cit., p. 500.

¹¹⁰ Giuseppe Ferri, *Le Società*, citado por Anaya, *Ibid.*

forma libremente su voluntad una vez que haya participado en un intercambio de argumentaciones al interior de la junta.

Al respecto, el juez Anaya¹¹¹ sostiene que el voto así emitido puede no guardar correspondencia con la realidad ni con las necesidades prácticas de la sociedad, pues puede, en detrimento del verdadero interés social, reflejar un estado de ánimo, una impresión momentánea o, inclusive, una incierta manifestación psicológica grupal.

Por su parte los autores Mascheroni y Muguillo, partidarios de la licitud de los convenios de sindicación, señalan que dicho argumento, “más allá de contradictorio, tiende a ser totalitario y utópico”¹¹². Sostienen que es un equívoco el pensar que por conformarse la voluntad social fuera del órgano social existe una violación del ordenamiento, pues la normativa exige solamente que la formación de esa voluntad se realice con pleno discernimiento y libertad.

Resulta lógico el argumento de los autores antes citados, ya que los acuerdos entre los accionistas se consiguen por lo general por sobre el simple intercambio de opiniones, es más, en ocasiones antes de la instalación de la junta o fuera de ella, lo cual no implica de ninguna manera que se llegue a tales consensos a través de un pacto de sindicación. Bastaría pues una simple conversación previa a la junta para que, por ejemplo, se pongan de acuerdo los accionistas en los nombres de las personas a ser electas para los diferentes cargos en la sociedad. Lo que evidencia a las claras que este simple entendimiento entre los accionistas no debe instrumentarse necesariamente a través un convenio de sindicación de

¹¹¹ Anaya, *Ibid.*, pp. 501-502.

¹¹² Mascheroni y Muguillo, *op. cit.*, p. 211.

acciones; ya que si bien la voluntad se forma fuera del órgano social, no por ello puede hablarse de que se están desvirtuando los caracteres propios de la junta. Tampoco puede sostenerse que existe un atentado contra el principio deliberativo, pues aún cuando los accionistas acuerden de antemano a quién van a elegir, como en el ejemplo citado, esto no obsta para que en la junta, surjan nuevos nombres, se discutan las propuestas, y eventualmente incluso se modifique el consenso inicial.

Sobre este punto, el autor Otaegui¹¹³, citado por Mascheroni y Muguillo, señala que si se acepta que el derecho de voto constituye para el accionista tanto un derecho subjetivo como un derecho patrimonial de carácter instrumental, no se concibe de qué forma o en virtud de qué norma resultaría nulo el pacto de predeterminación del voto; toda vez que, no existe disposición normativa alguna que obligue a que el consentimiento social deba formarse necesariamente en la junta.

Aún más, existen casos específicos en que la misma ley admite que la voluntad de un accionista se conforme con anticipación a la celebración de la junta. Tal es el caso del voto por representación, donde el mandatario se encuentra obligado a acudir a la junta y votar conforme a las instrucciones que previamente le haya dado el mandante. Como se puede advertir, la propia ley le otorga validez y eficacia a la voluntad formada al margen y previo a las deliberaciones de la junta. Del mismo modo ocurre en el caso de la copropiedad de acciones, en donde las acciones deben ser administradas de conformidad con lo dispuesto por la mayoría de condueños quienes, previamente y fuera del seno de la

¹¹³ Otaegui, citado por Mascheroni y Muguillo, op. cit., p. 213.

junta, ya han resuelto la forma en que se deberá votar para tal o cual decisión de la compañía.

De los citados ejemplos es fácil advertir que la voluntad de los accionistas está predeterminada con antelación a la celebración de la junta, quedando indemne la voluntad social, pues ella siempre será la que se exprese en la junta.

Resulta claro que los argumentos en los cuales se basan los criterios de autores que se postulan en contra de la licitud de la sindicación de acciones parten de una arcaica concepción de las juntas o asambleas generales de una compañía, la cual era concebida como aquel cuerpo colegiado en donde nacía la voluntad colectiva, concebida a partir del intercambio libre y voluntario de opiniones, para una posterior toma de una decisión por mayoría.

No obstante, el criterio que la doctrina actual maneja en torno a la licitud de los pactos de sindicación es recogido por Menéndez Menéndez¹¹⁴, quien establece que la determinación de la licitud de un convenio de sindicación debe analizarse para cada caso concreto. En otras palabras, la licitud de los acuerdos parasociales, depende del sometimiento a los límites que les impone su naturaleza jurídica, es decir, el propio ámbito dentro del cual se puede ejercer la autonomía de la voluntad como contratos que son. Es así también como lo concibe la legislación argentina que en la exposición de motivos del Régimen de Sociedades Comerciales señala que “no cabe una norma única que legitime o fulmine de nulidad o eficacia cualquier pacto de esta clase: depende de los fines

¹¹⁴ Menéndez Menéndez, op. cit., p. 363.

perseguidos con tal contrato”¹¹⁵. Es decir que, los acuerdos parasociales deben someterse a los límites que les impone el propio ámbito dentro del cual se puede ejercer la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, en Ecuador por la falta de una regulación formal y concreta respecto de la figura de la sindicación de acciones, no es posible afirmar de forma absoluta que se considere ilícitos a los pactos de sindicación. Lo anterior, toda vez que, si bien existe una prohibición en la Ley de Compañías que impide formular pactos sobre los derechos inherentes a los accionistas por su sola condición de tales; tampoco es acertado considerarlos ilícitos en virtud de esta disposición, pues por las fórmulas de instrumentación que se utiliza, el objeto del pacto deja de girar respecto del derecho al voto y pasa a ser la voluntad de conformar un grupo accionario el centro o razón de ser de dicho convenio. De tal manera que formas de sindicación utilizadas resultan lícitas al no estar prohibidas por la ley.

De igual manera, existe también una disposición legal en la Ley de Mercado de Valores¹¹⁶ que, en función de determinados parámetros, asume e incluso determina la existencia de convenios entre accionistas, sean expresos o tácitos, para actuar en

¹¹⁵ Villegas, op. cit., p. 396.

¹¹⁶ Art. 192.- Del control y acuerdo de actuación conjunta.- Se entiende que tienen el control de una sociedad, las personas que por sí o en unión con otras, con las que existe acuerdo de actuación conjunta, tienen el poder de influir en forma determinante en las decisiones de ella; o que son capaces de asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y pueden elegir a la mayoría de los directores o administradores.

Se considera que hay acuerdo de actuación conjunta, cuando entre dos o más personas existe una convención, expresa o tácita, para participar con similar interés en la gestión de la sociedad o para controlarla.

La Superintendencia de Compañías determinará si entre dos o más personas existe acuerdo en actuación conjunta en consideración a las relaciones de representación, de parentesco, de participación simultánea en otras sociedades y la frecuencia de su votación coincidente en la elección de directores o designación de administradores y en los acuerdos de juntas de accionistas.

determinada manera dentro del seno de la junta de accionistas; no obstante no se los tacha de ilícitos sino más bien se los tiene como un valioso y usual instrumento en la práctica societario-bursátil actual.

Pese a lo anterior, la legislación ecuatoriana referida a compañías no cotizadas, aparentemente defendería el criterio que tiende a la ilicitud de los pactos de sindicación al considerar que éstos implican un atentado al carácter esencial del derecho de voto, ello se deduciría del tercer inciso del artículo doscientos veintiuno de la Ley de Compañías, el cual señala: “También serán nulos, salvo en los casos que la Ley determine, los acuerdos o cláusulas que supriman derechos conferidos por ella a cada accionista”. No obstante y por sobre esta aparente restricción a la capacidad de negociación o condicionamiento del voto, existe una tendencia muy fuerte hacia su admisión aunque aún implícita. Ya que si bien existe tal prohibición legal que impide formular pactos sobre los derechos inherentes a los accionistas por su sola condición de tales; no es menos cierto que el considerarlos ilícitos exclusivamente en virtud de esta disposición es discutible, pues por las fórmulas de instrumentación que se utiliza, el objeto del pacto, como se mencionó antes, deja de ser el derecho al voto y pasa a ser la voluntad de conformar un paquete accionario. Así, las formas de sindicación tales como crear una compañía o un fideicomiso para transferir a éstos las acciones de otra compañía, y para que el representante legal del nuevo ente las administre de acuerdo con las instrucciones de los accionistas o de los fideicomitentes; resultan lícitas por cuanto no está prohibido por ley.

CONCLUSIONES

Como se refirió al inicio del presente trabajo, la práctica mercantil ha revolucionado constantemente las estructuras tradicionales del mercado aportando nuevas figuras a lo largo de la historia; desarrollándose muy por delante del avance normativo de dicha área. Sin embargo, la participación de la ciencia del Derecho en este ámbito no debe ser simplemente como regulador de la conducta social, sino como actor dinámico que recoge las experiencias de la realidad humana y a partir de estas manifestaciones establecer reglas de conducta de la convivencia de los hombres.

Es así que la figura de la sindicación de acciones no solo ha sido admitida en el día a día de la actividad mercantil moderna, sino adoptada por gran cantidad de sociedades anónimas alrededor del mundo, pese a la oposición que cierto sector de la doctrina e incluso de algunas legislaciones han formado en contra de la figura. La corriente contraria a aquella que acepta la figura de la sindicación de acciones se ha limitado, aparentemente debido a su desconocimiento, simplemente a atacarla so pretexto de preservar el tipo por sobre los acuerdos de partes, en tutela de la no fragmentación del ordenamiento societario y de los derechos de terceros; sin reparar en sus características y beneficios que aquella figura contractual esta llamada a producir sobre el estatuto de la sociedad, el funcionamiento de sus órganos, el modo bajo el cual actuarán los accionistas.

El convenio de sindicación de acciones, como cualquier contrato, supedita a sus suscriptores a cumplir con las obligaciones asumidas por y en virtud de éste, aunque ello pudiese llegar en algún supuesto a afectar reglas de funcionamiento de la sociedad. En este

sentido, en última instancia se trataría de determinar cómo y de qué forma lo producirá, para lo cual se deberá actuar sin apasionamientos ni prejuicios, analizando cada caso particular, con sus reglas, consideraciones, finalidad de la contratación y especialmente la situación de los terceros cuyos derechos no pueden verse afectados; mas siempre tendiendo al pleno cumplimiento del contrato y no a menoscabar o a sustituir sus reglas a través de una sanción.

Si el análisis del contrato de sindicación de acciones se lo efectúa del modo antes señalado, como de hecho ya se lo realiza en países donde la sindicación ha sido acogida en la práctica societaria, fácilmente se podría desvirtuar cualquier argumento contrario que tienda a la ilicitud e ineficacia de este tipo de acuerdos. Por este motivo, las tendencias contrarias al contrato de sindicación de acciones, en la actualidad, han pasado de postular su ilegitimidad para ahora enfocarse en situaciones destinadas a limitar su aplicación y alcance como por ejemplo su duración, objeto y oponibilidad.

En el Ecuador, el pensamiento jurídico-legislativo se muestra aún renuente a la legalización de los contratos de sindicación de acciones, existiendo algunos escollos legales por salvar a fin de esclarecer completamente la viabilidad de los convenios de sindicación de acciones en el nuestro país. En efecto, entre las Doctrinas que expide la Superintendencia de Compañías, se encuentra la 141, que trata sobre: “El convenio privado por el cual se estipula que el accionista de una compañía necesita del consentimiento de otro accionista para enajenar sus acciones, es absolutamente nulo y por lo tanto carece de valor legal”.

Esta Doctrina proscribire el acuerdo de sindicación que tiene por objeto limitar el derecho de los accionistas a la libre transmisión de las acciones, por considerar que esta limitación anula la “irrestricla libertad de negociar las acciones de la compañía anónima que tanto protege la Ley de Compañías”. Sin embargo no coincidimos con dicha Doctrina ya que por una parte pretende consolidar el derecho del accionista a celebrar con su acción cualquier acto de transmisión, mientras por otra, restringe este derecho al impedirle que, por un acuerdo privado, disponga de su acción y de los derechos que de ella devienen.

Consideraríamos de suma evidencia que del derecho a negociar libremente la acción se desprende el derecho de ejecutar cualquier acto sobre ella, por lo que no existirían reparos en que el objeto de este acto sea el someterse voluntariamente a requisitos adicionales para efectuar la transmisión de las acciones. De esta manera queda expuesto el equívoco que la mencionada doctrina adolece, al creer que se vulnera el derecho por la participación de los demás accionistas en el proceso de negociación, cuando en realidad existe ya una negociación con los títulos al momento en que se celebra el pacto de sindicación.

Otra Doctrina que se refiere, aunque indirectamente, a la sindicación es la 65, que trata sobre el derecho a la libre negociación de las acciones, pero con una visión un tanto distinta a la 141. Esta Doctrina por un lado mantiene el criterio de que las acciones son libremente negociables y que esta facultad, como derecho inalienable de los accionistas, no admite limitaciones. Reconoce que este derecho no puede ser objeto de renuncia preestablecida en el contrato social, ni puede permitirse que en el mismo resulte de cualquier manera limitado su ejercicio, mas a continuación establece que “cualquier

accionista está en libertad de renunciar al mismo mediante un pacto separado”, con lo cual se limita esta posibilidad a que el pacto no comprenda formalidades adicionales a las establecidas en la Ley de Compañías.

Así pues, resulta inconsistente el texto de la Doctrina ya que por un lado prohíbe, y por otro abre las puertas para que el acuerdo de sindicación se celebre, sin embargo, restringe su alcance al imponer como límite el no exceder las formalidades establecidas en la Ley.

De lo anterior, se desprende que existen posibilidades ciertas para una inserción formal y concreta de la figura de la sindicación de acciones en el derecho societario ecuatoriano, ya que de hecho la sindicación tiene lugar en la práctica ecuatoriana y no hay obstáculos legales que impidan hacerla. Es más, han sido emitidas consagraciones legislativas indirectas respecto de la licitud de estos pactos, como la norma que posibilita la representación mediante poder o carta poder en junta general, aquella que permite la renuncia del derecho de voto y del derecho a la libre negociación de las acciones. Aún más, la sindicación ha sido prevista como una posibilidad real para el caso de compañías cotizadas.

Así lo dicho, es cuestión simplemente de que la legislación sea capaz de recoger la práctica societaria y plasmarla en una normativa no contradictoria que clarifique, regule y delimite los alcances de esta institución; sin por ello ser tan minuciosa en su regulación que coarte la natural evolución de figuras legales vivas que mutan en función de la práctica

mercantil; ya que de así hacerlo, muy pronto quedaría en la obsolescencia volviendo de tal manera a una incertidumbre jurídica como a actual.

Lo anterior no será posible sin antes realizar por lo menos las siguientes reformas a la legislación societaria ecuatoriana:

Eliminar el último inciso del artículo 189 de la Ley de Compañías.

Reformar el artículo 191 de la Ley de Compañías, estableciendo la posibilidad de incluir limitaciones a la libre negociabilidad de las acciones a través de acuerdos válidamente celebrados.

Reformar el numeral cuarto del artículo 207 de la Ley de Compañías, agregando que son derechos fundamentales del accionista el intervenir en las juntas generales y votar cuando sus acciones le concedan el derecho a voto, según los estatutos y/o los pactos de sindicación de acciones.

Reestructurar el texto del artículo 207 de la Ley de Compañías, incluyendo un numeral adicional en el cual se prevea la posibilidad de celebrar contratos relativos al ejercicio de los derechos de los accionistas contenidos en dicho artículo, de conformidad con la Ley.

Eliminar el último inciso del artículo 210 de la Ley de Compañías.

Finalmente será necesario, a fin de acabar con las contradicciones legislativas y formalizar la institución materia de la presente investigación, eliminar las Doctrinas de la Superintendencia de Compañías números 141 y 65, y en su lugar expedir una nueva doctrina que acoja y guíe la implementación de este tipo de convenios de conformidad con las reformas antes planteadas.

Una vez puesta en práctica estas reformas, se podrá transparentar el desenvolvimiento de la actividad societaria, ya que no debemos olvidar que pese a la actual renuencia del pensamiento jurídico ecuatoriano, los contratos de sindicación de acciones en compañías no cotizadas tienen plena vigencia en la práctica, a través de la utilización de negocios jurídicos indirectos siendo la inventiva y experticia de los abogados la que ha puesto a prueba y ha dado como resultado, la creación de más de un método alternativo a los que hemos citado, para conseguir lo que en definitiva busca la sindicación de acciones.

BIBLIOGRAFIA

a. Libros

Andrade Ubidia, Santiago, Títulos Valores, Quito, Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2002.

Broseta Pont, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, Madrid, Tecnos Editores, 1990.

Cornejo Guerrero, Carlos (Coordinador), El sindicato de bloqueo de acciones, Lima. Cultural Cuzco Editores, 1997.

Escuti, Ignacio A., Sindicación de Acciones y Exclusión del Socio, Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, Año 38, 2005-B.

Favier Dubois, Eduardo M. (Director), Negocios parasocietarios, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Ad-hoc, 1999.

Garrido De Palma, Víctor Manuel (Director), Estudios sobre la Sociedad Anónima, Madrid, Editorial Civitas, 1991.

Garrigues, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, México D.F., Ed. Porrúa, 1984.

Garrigues, Joaquín, Dictámenes de Derecho Mercantil II, Madrid, 1976.

Garrigues, Joaquín, Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil, Madrid, Ed. Civitas, 1981.

Girón Tena, Derecho de Sociedades, Tomo I. Madrid, 1976.

Halperín, Isaac y Butty, Enrique M, Curso de derecho comercial. Volumen I. Parte General. Sociedad en general, 4ª ed., Buenos Aires, De Palma, 2000.

Halperín, Isaac, Sociedades Anónimas,. Buenos Aires, Depalma, 1974.

Mascheroni, Fernando y Muguillo, Roberto, Responsabilidad del Socio, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996.

Menéndez Menéndez, Aurelio, “Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la Sociedad Anónima”, en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Madrid, Ed. Civitas, 1978.

Sánchez Calero, F, Instituciones de Derecho Mercantil, 23ª ed., Madrid, Mc. Graw Hill, 2000.

Sasot Betes, Miguel A. y Sasot, Miguel P., Sociedades Anónimas. Acciones, Bonos y Debentures Ed. Abaco, Buenos Aires, 1985.

Simone Lasso, Carmen, Los Convenios de Sindicación de Acciones, Trabajo de Cátedra Clínica III, PUCE, 2001.

Superintendencia de Compañías y Corporación de Estudios y Publicaciones (Co-editores). Doctrinas Jurídico-Societarias. Actualización de la legislación referente, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999.

Uría, Rodrigo, Derecho Mercantil, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1990.

Villegas, Carlos Gilberto, Tratado de las sociedades: sociedades civiles, sociedades comerciales, sociedad anónima, joint venture, asociaciones, sociedades mineras, sociedades de profesionales, cooperativas, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

b. Revistas y publicaciones periódicas

Clavero Blanc y Periel García, “Nueva legislación de Sociedades Anónimas y de responsabilidad Limitada”, La Ley, 1990.

Mambrilla Rivera. “Caracterización jurídica de los convenios de votos entre accionistas”. Revista de Derecho Mercantil. Nos. 179 y 180, 2000.

Mirkin, Mabel F. y Chehtman, Eduardo, “Sindicación de Acciones”, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 7, Nos. 37 a 42, Ed. Depalma, 1974.

Viandier, Alain, “Droit des Sociétés”, Paris, 1998, en Observaciones a las convenciones de voto, Semanario Jurídico, Tomo I.

c. Artículos de Internet:

Caamaño, Carlos R., Sindicación de Acciones. En www.derecho-comercial.com

Caso Telefónica, sindicato de acciones entre La Caixa y BBVA en www.laempresa.net

Convenios de sindicación de accionistas. En www.derechocomercial.edu.uy

Crossman Solicitors. Shareholders Agreements. En www.crossmans.co.uk

Decreto No. 1560/98 sobre la Empresa Correo Argentino S.A. En www.redeter.gov.ar

Dictamen Fiscal de Cámara en el caso Inspección General vs. Otto Garde y Cía. S.A.C.F.E.I. Buenos Aires, 11 de agosto de 1999. En www.redjurista.com

Dondershine, Scott. Buy-Sell Agreements (A Special Type of Stockholders Agreement). En www.dbd-law.com/events/buysell.htm.

El SEPLA exige la firma del convenio colectivo antes de que se realice la OPV. Estrella Económica, Madrid. En www.photosdeiberia.com

Holz, Eva y Hargain, Daniel, citados en Convenios de sindicación de acciones, en www.derechocomercial.edu.uy

Hundskopf Exebio, Oswaldo. “Tratamiento de las Acciones de la Sociedad Anónima en el Proyecto de Ley General de Sociedades”. Revista Peruana de la Empresa. Asesorandina S.R.L. En www.asesor.com.pe

Loud, Adrian. “Tools for Business Preservation.” Insights Quarterly Journal. Willamette Management Associates. En www.willametteinsights.com

Modelo de Estatutos (con cláusula de sindicación de acciones). En www.constituciondesociedades.com

Rabanal Sobrino, Carlos. Los Convenios entre accionistas que establecen limitaciones a la libre transferibilidad de las acciones en la sociedad anónima abierta. En www.asesor.com.pe

Rocca, Eduardo. El Futuro del Derecho Societario. Jornada Preparatorio del VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la EMPRESA. UADE. 24 de abril de 2001. En www.uade.edu.ar

Simois Lapeyre, Diego. Convenios de Sindicación de Accionistas. Noviembre, 2001. En www.kpmg.com.uy

“Sindicación de acciones”. En Diccionario Jurídico Argentino. En www.tododeiure.host.sk

United Kingdom Shareholders Agreement Fact Sheet. En www.ukincorp.co.uk