

Errepar, DSE, nro. 304, tomo XXV, Marzo 2013.

“Sindicacion de acciones y convenios privados entre los socios. Valor legal y necesaria implementación”.

Por EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (PATER) Y EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H).

(Copete): Los autores postulan la validez legal y la necesidad de suscribir, en forma paralela y simultánea con el contrato social o estatuto, “convenios privados unánimes” entre los socios para reglamentar sus relaciones internas como modo de resguardar derechos, prevenir conflictos y garantizar la sustentabilidad del negocio.

1.-LO QUE NO SE CONSIGNA EN LOS CONTRATOS Y ESTATUTOS SOCIALES.

Aunque parezca poco creíble, en la mayoría de los casos no se consignan en el contrato social ni en los estatutos, firmados por los socios e inscriptos en el Registro Público de Comercio, los acuerdos fundamentales y/o los presupuestos fácticos y jurídicos de las relaciones entre ellos que constituyen la base de sus derechos y deberes y de los que dependen la sustentabilidad y estabilidad del negocio.

Ello acontece, por ejemplo, con lo que verdaderamente cada socio aporta, ya que generalmente en el contrato se hace aparecer a la sociedad como meramente capitalista, con la aparente suficiencia de los mínimos aportes en efectivo para iniciar y hacer frente a las actividades sociales y, en rigor, lo que aportan los socios, y resulta fundamental para la sustentabilidad societaria, es otra cosa.

Así, es posible que un socio aporte algo fundamental como la clientela de su anterior negocio unipersonal, y que otro sea el que consigue el contrato de alquiler del negocio para funcionar, dando personalmente la garantía, etc..

Algo similar ocurre con las obligaciones de dar y hacer de los socios respecto de la sociedad, ya que en los contratos no aparece ninguna posterior al aporte inicial pero es posible que los socios hayan asumido obligaciones fundamentales para la supervivencia de la sociedad, como la de trabajar equis horas por día y por semana en la empresa, la de exclusividad y no competencia, la de conseguir un cliente estratégico o generar ciertos negocios o contactos, la de hacer aportes periódicos de dinero para mejorar la situación financiera y/o dar avales y garantías a favor de terceros, etc..

Lo mismo pasa con los derechos de los socios, ya que no se establece nada respecto del momento a partir del cual podrán hacer retiros por haberse acrecentado suficientemente el giro financiero, ni sobre las reservas necesarias, ni sobre las posibilidades y condicionamientos de las remuneraciones o retiros mensuales o anuales.

También ocurre que los socios fundadores no prevén los procedimientos a seguir frente a determinadas contingencias personales que suelen ocurrir, tales como son el casamiento, divorcio, enfermedad, incapacidad mudanza o muerte de algún socio, el embargo de las partes sociales o pedido de quiebra por un acreedor individual, la pérdida del interés de continuar por algún socio o la venta de su parte social a otro socio o a un tercero, modificando las relaciones internas de poder o el elenco social.

Finalmente, en general no se prevén procedimientos especiales para manejar las desavenencias o los conflictos¹, sean estos fundados en cuestiones de procedimientos empresariales (cómo hacer las cosas), de desempeño y reconocimiento de roles (quien ocupará cada cargo, función o responsabilidad y con qué retribuciones) y, especialmente, los que tienen causa emocional (celos, antipatías, competencia, rivalidades, pérdida de confianza, etc.).

Al respecto téngase en cuenta que el único procedimiento previsto por el ordenamiento societario para zanjar diferencias es aplicar la regla de la mayoría.

Dicha regla, a pesar de su sentido democrático, no es suficiente para garantizar la armonía social porque cuando no se logra el consenso y debe ser aplicada luego de un fuerte enfrentamiento de posiciones, sin reglas, puede dejar ganadores jactanciosos, con tendencia al “cesarismo” y abuso de poder, y perdedores resentidos con inclinación a judicializar las diferencias y a intentar trabar el desarrollo de las actividades sociales.

Además, en sociedades de dos socios o donde hay grupos enfrentados con el 50% de los votos cada uno, la regla de la mayoría es inocua para dirimir los conflictos, pudiendo el empate paralizar a la sociedad y producir su disolución y liquidación ante la imposibilidad de tomar decisiones.

2.-LAS CAUSAS DE LAS LIMITACIONES ESTATUTARIAS Y SU REMEDIO: LOS CONVENIOS PRIVADOS ENTRE LOS SOCIOS.

La apuntada existencia de temas fundamentales de las relaciones societarias que no se consignan en los estatutos ni contratos sociales tiene múltiples causas entre las que pueden mencionarse las siguientes:

¹ Favier Dubois (h), E.M. “Los conflictos societarios. Prevención, gestión y solución”, La Ley, tomo 2010-E, pag.675.

En primer lugar, la falta de conciencia de los fundadores sobre la necesidad de prever ciertos temas, debatirlos, consensuarlos y dejarlos asentados por escrito en los estatutos o contratos, lo que a veces ocurre por la falta de asesoramiento profesional al respecto y, en otras, por la intención de los fundadores de reducir los costos de la constitución evitando los mayores gastos de un asesoramiento especializado.

A ello se suele sumar la urgencia por redactar e inscribir el contrato social, de modo de obtener cuanto antes la personería jurídica, lo que hace aconsejable adoptar modelos generalizados y de fácil aprobación por la autoridad de contralor, modelos que son simples y no prevén tales materias.

En segundo término, ocurre a veces que aun cuando los fundadores son conscientes de la importancia de estos temas y de la necesidad de abordarlos y acordarlos, deliberadamente no los hacen figurar en el contrato social o estatuto, sino que prefieren consignarlos en otros instrumentos, por dos causas:

Una derivada de la imposibilidad legal o práctica de incluir algunos determinados pactos en los estatutos, sea porque formalmente no se ajustan a las disposiciones de la ley de sociedades (vgr. cláusulas sobre prohibición de vender las cuotas o acciones; elección de directores por más de tres años; aportes de trabajo en sociedades de capital; etc.), o sea porque no se ajustan a los criterios de la autoridad de contralor societario (vgr. voto del usufructuario) y, por ende, demorarían o impedirían la inscripción.

La otra causa consiste en el deseo de mantener la privacidad o confidencialidad de lo pactado respecto de terceros o de otros socios que no forman parte del acuerdo cuando éste no es unánime.

En estas últimas circunstancias es cuando todos los socios o algunos de ellos suscriben entre sí ciertos contratos, con diversidad de alcances según el caso, siendo los más frecuentes y conocidos los denominados “pactos de sindicación de acciones” y los “protocolos de la empresa familiar”, sin perjuicio de la existencia y posibilidad de otros “convenios privados entre socios”.

3.-LOS PACTOS O CONVENIOS DE SINDICACION DE ACCIONES.

Cómo se dijo, se trata de la categoría más transitada entre los convenios privados que se firman entre los socios de una sociedad comercial.

Si bien existen múltiples definiciones seguimos la de nuestro amigo el profesor hondureño Jorge Maradiaga que dice “Se trata de un contrato plurilateral de organización o asociativo, para-social, por el cuál varios accionistas de una sociedad combinan la manera en que ejercerán su derecho a voto de modo de influir en la vida social según las directivas previamente establecidas por el grupo sindicado, y que por lo general, aunque no

necesariamente, está ligado a la obligación de no transferir sus acciones, o en su caso cederlas a favor de otros sindicatos, durante un determinado período”²

La sindicación de acciones es una especie del género “contratos parasocietarios”, constituye una variante de los convenios de voto, y su naturaleza es la de un “contrato plurilateral” de carácter “asociativo”, “accesorio” y “parasocial”³.

Las ventajas de estos convenios es que permiten ejercer los derechos del socio en forma conjunta, preservar el elenco social, resguardan intereses de la mayoría y de la minoría de los socios, facilitar el desarrollo de las actividades sociales y, en algunos casos, garantizar la extinción de obligaciones pendientes entre los socios o con terceros.

En cuanto a las finalidades y contenidos de éstos contratos, cabe señalar que responden principalmente a garantizar el sentido de las votaciones y el mantenimiento del elenco de socios, pudiendo sus cláusulas ser agrupadas en cuatro grandes categorías:

3.1.-PARA EL EJERCICIO CONJUNTO DEL DERECHO DE VOTO

Estas cláusulas buscan unificar el sentido del voto de sus integrantes imponiéndoles seguir el voto de la mayoría de ellos pero también, en muchos casos, agravando las mayorías para ciertas decisiones⁴ o prohibiendo aprobar ciertas materias.

Dentro de esta categoría se ubican los convenios DE MANDO, que buscan mantener la estabilidad en la conducción de la sociedad, integrados por unanimidad o por la mayoría de los socios, y los convenios DE DEFENSA, que buscan aglutinar a la minoría para una oposición eficiente.

3.2. DE DETERMINACION DE LOS CONTENIDOS DE DECISIONES FUTURAS.

Estas cláusulas determinan los contenidos para decisiones futuras, como por ejemplo en materia de condiciones⁵, elección, mantenimiento, remuneración de administradores y funcionamiento del directorio o gerencia⁶, nombramiento de fiscalizadores, políticas de

² Maradiaga, Jorge “La sindicación de acciones”, Ed. Depalma, Bs.As., 1981, pag. 6.

³ Molina Sandoval, Carlos A. “Sindicación de acciones”, Ed. Lexis Nexis, Depalma, Bs.As., 2003, pag. 384.

⁴ Ver de los autores “Resoluciones sociales en la SRL los problemas del modo de deliberar, quorum, mayorías y el voto del minoritario”, Errepar, DSE nro. 264, tomo XXI, noviembre 2009, pag. 1217.

⁵ Favier Dubois (h), E.M. “Condiciones estatutarias para el desempeño del cargo de director de sociedad anónima”, Errepar, DSE, nro. 279, tomo XXII, febrero 2011, pag. 141 en coautoría con Eduardo M.Favier Dubois (pater).

⁶ Favier Dubois (h), E.M. “El reglamento del directorio en la Sociedad Anónima”, Errepar, DSE, nro. 271, tomo XXII, julio 2010, pag.704, en co-autoría con Eduardo M. Favier Dubois (h).

reservas (art.63, 2º, II, b)⁷.y repartos de dividendos; remuneraciones y gastos de los administradores, designación de auditor contable, aprobación de ciertas reformas de los estatutos, reglamentación de los futuros aumentos de capital, operaciones prohibidas a la sociedad, manejo de cuentas particulares de los socios, concesión de indemnidades y políticas de personal, entre otras decisiones.

3.3.-PARA EL MANTENIMIENTO DEL ELENCO DE SOCIOS.

Estas cláusulas limitan o prohíben la transferencia de las cuotas o acciones⁸, sea entre los socios o respecto de terceros, estableciendo también, entre otras cláusulas, el derecho de preferencia y la situación de los herederos, lo que puede incluir una opción de compra de la parte social de los herederos por los socios sobrevivientes o “buy sell agreement”.⁹

También pueden incluir criterios y sistemas para la determinación previa del valor de las acciones o cuotas en caso de transferencia o adquisición por la sociedad (arts. 13, 92 y 245)¹⁰, cláusulas que autorizan la salida voluntaria de socios bajo ciertas condiciones financieras (art.89), y la compra por la sociedad de sus propias acciones o cuotas, con o sin aumento de capital (arts.153 y 220)¹¹.

3.4.-DE CONTROL SOBRE LA PROPIEDAD DE LA EMPRESA.

Se realiza también mediante las cláusulas “Tag-Along” y “Drag-Along” por las cuales cada socio adquiere el derecho y asume la obligación de que, en caso de que uno reciba una oferta de compra de sus acciones, los demás puedan ser incluidos proporcionalmente en la misma y, además, para el caso de que la oferta de compra sea de todo el paquete accionario,

⁷ Favier Dubois (h), E.M. “La financiación de la Empresa Familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal”, La Ley t.2010-C, pag. 1225 y stes.

⁸ Ver Favier Dubois (h), E.M. “Cláusulas de limitación a la transmisibilidad de las acciones”, en *Doctrina Societaria y concursal*, Edit. Errepar, T II, pág. 248, agosto de 1989, y en la obra colectiva “Transferencias y negocios sobre acciones”, de Favier Dubois (director), Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2007, pag.153.

⁹ Glikin, Leonardo J. y Hers, Liliana I., “Buy-sell agreement (convenios de compraventa de participación societaria mortis causa)”, en: XI Congreso Argentino de Derecho Societario. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, Fidas, 2010, Tomo II, pp. 133 y ss.

¹⁰ Favier Dubois (h), E.M. “El cómputo del último balance de ejercicio a los efectos de la determinación del valor real de las acciones en caso de transferencia voluntaria”, *Errepar, DSE*, nro. 259, Junio 2009, T. XXI, pag. 643, en co-autoría con E.M.Favier Dubois (pater).

¹¹ Ver Favier Dubois (h), E.M. “La compra de propias cuotas por la SRL, la demanda y el derecho de información del socio en un caso judicial”, *Errepar, DSE*, nro. 265, tomo XXI, diciembre 2009, pag.1317, en co-autoría con Eduardo M. Favier Dubois (pater).

ser arrastrado o poder arrastrar a los restantes socios en la operación, salvo que ellos ejerzan derecho de preferencia¹².

3.5.-MODOS DE INSTRUMENTACION DEL CONVENIO.

Estos convenios pueden instrumentarse en diversas formas, más simples o más complejas.

La forma más simple consiste en firmar el acuerdo sin hacer transferencia alguna de las acciones, preferentemente con firmas certificadas por escribano, y creando o no órganos tales como el comité ejecutivo, la asamblea de sindicatos y los representantes.

12 Las cláusulas habituales son las siguientes: **TAG-ALONG:** 1.1.En caso de que cualquiera de las Partes reciba una oferta para la adquisición de participaciones sociales emitidas por la Compañía (la “Parte Ofertada”) deberá notificarlo a la otra Parte (la “Parte Notificada”) de acuerdo al procedimiento previsto en la cláusula ____ (la “Notificación de la Oferta”). En la Notificación de la Oferta deberán mencionarse las Condiciones de Oferta y si la oferta es por la totalidad o por un porcentaje de las participaciones sociales, y en su caso, el porcentaje. En caso de corresponder, la Notificación de la Oferta deberá ser enviada a todos los socios de la Compañía que sean parte de este Acuerdo. 1.2. Recibida la Notificación de la Oferta, la Parte Notificada podrá optar por ejercer el derecho de adquisición preferente establecido en la cláusula __ o por exigir que la totalidad o la parte proporcional de las participaciones sociales de que sea titular, según sea el caso, sea incluida en idénticas Condiciones de Oferta.1.3.Si la Parte Notificada optara por exigir que la totalidad o la parte proporcional de las participaciones sociales de que sea titular, según sea el caso, sea incluida en la enajenación propuesta por el tercero bajo las mismas Condiciones de la Oferta, deberá notificar su voluntad en tal sentido a la Parte Ofertada y al tercero que hubiera realizado la oferta de compra, dentro del plazo de __ días corridos de recibida la Notificación de la Oferta (la “Notificación de Venta Conjunta”).1.4.En caso de que se efectúe la Notificación de Venta Conjunta el tercero que hubiere realizado la oferta de compra deberá adquirir la totalidad de las participaciones sociales de las Partes o la parte proporcional de las participaciones sociales de las que cada una de las Partes sea titular, según sea el caso, en idénticas condiciones de venta que las establecidas en las Condiciones de la Oferta comunicadas originariamente a la Parte Ofertada.1.5.Será nula e inoponible a la otra Parte cualquier transferencia de participaciones sociales realizada sin cumplir con los recaudos establecidos en esta cláusula. Las Partes aceptan que la Compañía no estará obligada a inscribir ninguna transferencia de participaciones sociales realizada en violación a estas disposiciones. **DRAG-ALONG:** 2.1.Cada Parte otorga a la otra Parte el derecho irrevocable a vender sus participaciones sociales en los mismos términos y condiciones que una de las Partes convenga con un tercero oferente, siempre que se cumplan las siguientes condiciones.2.2.En caso de que una Parte reciba una oferta de adquisición respecto de la totalidad de participaciones sociales de la Compañía y dicha Parte decidiera enajenar sus participaciones sociales (la “Parte Enajenante”), deberá notificar las Condiciones de la Oferta a la otra Parte (la “Contraparte”), comunicándole que ha decidido ejercer el derecho previsto en esta cláusula (“Notificación de Enajenación”). En caso de corresponder, esta notificación deberá ser enviada a todos los socios de la Compañía que sean parte de este Acuerdo.2.3.Recibida la Notificación de la Enajenación, la Contraparte podrá optar por ejercer el derecho de adquisición preferente, conforme los términos convenidos en este Acuerdo.2.4.Recibida la Notificación de Enajenación por la Contraparte y siempre que no optara por ejercer el derecho de adquisición preferente conforme lo convenido en los numerales ____ y siguientes de este Acuerdo, la Contraparte se compromete a suscribir toda la documentación necesaria para perfeccionar la transferencia de participaciones sociales de la Compañía al tercero oferente.

En un primer grado de complejidad se pueden dejar las acciones y/o el libro de registro de acciones depositados en una escribanía y/u otorgarse un poder irrevocable a un mandatario común para asistir a las asambleas.

Otras formas más complejas implican la transferencia de acciones a un fideicomiso¹³, o a una sociedad “holding”¹⁴ constituida al efecto, votando en las asambleas el fiduciario o el representante legal de la sociedad según las instrucciones recibidas del sindicato¹⁵.

4.-MARCO LEGAL DE LOS PACTOS DE SINDICACION.

Si bien durante mucho tiempo estos pactos resultaban de la práctica y se controvertía en doctrina su validez, su licitud fue reconocida expresamente por la jurisprudencia en el caso “Sanchez c/Banco Avellaneda”¹⁶.

Posteriormente, varias normas legales hacen referencia expresa a los pactos de sindicación de acciones, a saber:

-La ley 23.696 de Reforma del Estado, en sus arts. 38 y 39, previó la sindicación de acciones para el ejercicio de los derechos políticos de los trabajadores que recibieron acciones en las privatizaciones hasta que estuvieran pagadas.

-El Decreto 677/01, sobre régimen de transparencia en la oferta pública, en su art. 5° inc. h obligaba a informar a la Comisión Nacional de Valores sobre la existencia de convenios de accionistas en norma que ha sido reproducida en la actual ley 26.831 de Mercado de Capitales.

Además, a nivel de proyectos, el Anteproyecto de Reformas a la ley de sociedades comerciales del año 2005, regulaba la figura en su art.35 bajo la denominación “convenciones parasociales”.

5.-LICITUD Y OponIBILIDAD.

¹³ Ver Favier Dubois (h), E.M. “Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima”, La Ley tomo 2010-F, pag.842.

¹⁴ Ver de los autores: “La sociedad ‘holding’ y la sociedad ‘filial’ en el derecho argentino”, Errepar, DSE, nro. 276, tomo XXII, noviembre 2010, pag.1189.

¹⁵ Rovira, Alfredo “Pactos de socios”, Ed. Astrea, Bs.As., 2006, pag. 260 y stes.

¹⁶ La ley 1983-B, pag. 247.

La doctrina actual es prácticamente unánime respecto de la licitud del pacto de sindicación de acciones.

No obstante, se reconoce como límite el “interés social”. Ello significa que si un socio incumple votar conforme a lo pactado porque ello es contrario al interés social, no debe responder frente al sindicato por las penalidades convenidas.¹⁷

También la doctrina y jurisprudencia predominantes entienden que estos pactos son inoponibles a la sociedad y a los terceros, por lo que el incumplimiento de lo pactado solo puede dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios¹⁸.

Sin embargo, se discute si el pacto es o no oponible cuando se inscribe en el Registro de Acciones¹⁹ o cuando la sociedad lo suscribe también.

Tampoco existe acuerdo de si en el caso de que el pacto fuera firmado por todos los socios pudiese reputarse una “modificación no inscripta”, con los alcances obligacionales y de oponibilidad del art.12 de la ley 19.550, compartiendo los suscriptos la postura afirmativa de Hugo Rossi²⁰, contra la negatoria del maestro Jaime Anaya²¹.

6.-LA INCORPORACIÓN DE LOS HEREDEROS

Se presenta el problema de determinar si estos convenios privados pueden ser vinculantes para los herederos aún contra la voluntad de éstos.

Al respecto corresponde partir de la base de que se trata de un pacto que previó expresamente que sería obligatorio y vinculante para los herederos, quienes se considerarían incorporados al mismo.

¹⁷ En el punto, recordamos con cariño las enseñanzas de nuestro maestro y amigo, el Dr. Enrique M. Butty, en su trabajo “Sindicación de acciones. Aspectos generales y particulares”, en Favier Dubois (h), E.M. (Director), “Negocios Parasocietarios”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 1994, pag.21, y sus lúcidas consideraciones sobre la subordinación del pacto de sindicación al interés social allí vertidas.

¹⁸ Entre los muchos debates jurídicos sobre el tema de la sindicación de acciones pueden mencionarse también los relativos a la aplicabilidad de la excepción de incumplimiento y del pacto comisario, a la posibilidad de que vincule a los administradores sociales, a la posibilidad de afectar el voto acumulativo y a la responsabilidad del sindicato por el voto nulo en la asamblea, entre otras cuestiones. Ver Carlos Molina Sandoval, “Sindicación de Acciones”, Ed. Lexis Nexis Depalma, Bs.As., 2003, pags.383 a 395.-

¹⁹ Tal como ocurre en Brasil (art.118 ley 6404) y en Uruguay (art.331 código de comercio).

²⁰ Rossi, Hugo en “Oponibilidad y cumplimiento en los convenios de sindicación de acciones”, en Favier Dubois (h), E.M. (Director), “Negocios Parasocietarios”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 1994, pag.47.

²¹ Anaya, Jaime Luis “La sindicación de acciones”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1997.

Sentado ello, se advierte la existencia de una controversia doctrinaria sobre el punto.

Así, para calificada doctrina²² y jurisprudencia²³ el pacto de sindicación de acciones no es transmisible a los herederos por tratarse de un pacto “intuitu personae” excluído expresamente de la transmisión hereditaria por el art. 1195 del código civil.

En cambio, para otra línea doctrinal no menos calificada, los pactos de sindicación de acciones son transmitidos al heredero del accionista dada la “despersonalización” del socio derivada del tipo sociedad anónima y al no tratarse de obligaciones “inherentes a la persona”²⁴.

Compartimos esta última tesitura sobre la base de la necesaria relación entre la incorporación del heredero a la sociedad y su incorporación al pacto de sindicación de acciones de que se trate, en tanto no sería posible que se considerara la contrato social “no personalista”, para incluir al heredero, y al sindicato como “personalista” para excluirlo.

En rigor en el sindicato raramente hay obligaciones “inherentes a las personas”, en los términos de la excepción al art. 1195 del código civil, sino solo obligaciones de hacer o no hacer con el voto y con las acciones que derivan del rol de accionista o socio del causante en la sociedad, que es el que se transmite al heredero.

7.-EL PLAZO DE DURACIÓN.

En materia de sindicación de acciones, existe una tendencia general en las legislaciones que lo han previsto, a exigir una duración limitada, lo que es apoyado por la doctrina²⁵.

Por su lado, el Anteproyecto de Reformas a la Ley de Sociedades del año 2005 prevé una duración máxima de cinco años para el pacto, el que puede ser prorrogado (art.35), siguiendo en esto el plazo máximo para la indivisión pactada del condominio en el derecho vigente.

²² Anaya, Jaime “La sindicación de acciones”, Ed.Academia Nacional de Derecho y C.S., Bs.As., 1997, pag.26; Roca, Eduardo “Acuerdos entre accionistas”, en ED del 7-9-01, Nro.10.333, año XXXIX, pag.1 y stes.

²³ Juz.Com.Nro.11, Sec.22, autos “Waroquiers, Juan Pedro y otro c/Quintanilla, Dolores y otros s/ordinario”, sentencia del 9-10-98 del Dr.Miguel Bargalló (en ED del 7-9-01, Nro.10.333, año XXXIX, pag.1 y stes.)

²⁴ Rovira, Alfredo L. “Pactos de socios”, Ed. Astrea, Bs.As., 2006, pag.245 y autores citados en la nota 106 (Guastavino y Richard); Molina Sandoval, Carlos A. “Sindicación de Acciones”, Ed.Lexis Nexos, Depalma, Bs.As. 2003, pag.123; ver también la opinión favorable de Hugo Rossi en “Oponibilidad y cumplimiento en los convenios de sindicación de acciones”, en Favier Dubois (h), E.M. (Director), “Negocios Parasocietarios”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 1994, pag.47.

²⁵ Rovira, Alfredo L. “Pactos de socios”, cit, pag.268.

En el punto, se suele distinguir el pacto de voto respecto del pacto de bloqueo, entendiéndose más favorable una duración prolongada en el primero que en el segundo.

Sin embargo, la doctrina más reciente no considera a la cuestión del plazo condicionante de la validez del pacto, admitiendo que pueda durar durante toda la vigencia de la sociedad y hasta su cancelación registral²⁶, en postura que compartimos, a menos que se presentara una situación excepcional.

8.-EL PROTOCOLO DE LA EMPRESA FAMILIAR.

Como se dijo, otra especie de convenio privado entre los socios es el “Protocolo de la Empresa Familiar”²⁷.

Constituye un convenio suscripto por la totalidad de los socios de una empresa familiar²⁸, y también por familiares no socios con vocación de serlo, en el cual se reglamentan las relaciones entre la familia, la empresa y la propiedad.

Entre otros temas se regulan: la creación de órganos de gobierno en la empresa y en la propia familia (consejo de familia, asamblea familiar), la profesionalización de la empresa, el trabajo de familiares en la empresa y la incorporación de las siguientes generaciones, la relación entre autofinanciación y repartos de dividendos, el uso de fondos y bienes sociales por los integrantes de la familia, el mantenimiento de la propiedad, el retiro del fundador y el plan de sucesión en la gestión empresarial y en la propiedad, las normas de convivencia, las reglas de comunicación entre familia y empresa, y las pautas para prevenir, gestionar y resolver conflictos.

El tema excede al presente comentario y ya ha sido ampliamente abordado por la doctrina y por los autores en trabajos a los que nos remitimos²⁹.

²⁶ Rovira, Alfredo L. “Pactos de socios”, cit. Pag. 269; Molina Sandoval, Carlos A. “Sindicación de Acciones”, cit., pag. 385, nro.12.

²⁷ Ver la obra colectiva del Instituto Argentino de la Empresa Familiar (www.iadef.org) titulada “El protocolo de la empresa familiar”, Dir. E.M.Favier Dubois (h), Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2011.

²⁸ Ver la obra colectiva del IADEF “La Empresa Familiar”, Dir. E.M.Favier Dubois (h), Ed. Ad Hoc., Bs.As., 2010.

²⁹ Ver las citas en el trabajo de los autores: “La empresa familiar y su reglamentación mediante el protocolo familiar” en la Rev. “Compendio Jurídico”, Erreius, Edit. Errepar, Junio 2010, nro. 41, pag.91.

Baste aquí señalar que, en cierto sentido, el protocolo es asimilable a un pacto de sindicación de acciones³⁰ pero con una temática más amplia, que comprende a la familia y a aspectos morales y culturales, y mayores fortalezas derivadas de su causa y de su carácter siempre unánime.

El valor del protocolo se manifiesta en tres órdenes: “moral”, como ley familiar; “contractual”, por ser obligatorio para sus firmantes; e “institucional”, cuando sus disposiciones se trasladan a instrumentos de ejecución con valor “erga omnes” como son los estatutos sociales, reglamentos societarios, donaciones, usufructos, fideicomisos o testamentos³¹.

9.-OTROS CONVENIOS PRIVADOS ENTRE SOCIOS.

Además de las materias propias de los pactos de sindicación de acciones y de las materias que solo se presentan en los protocolos familiares, existen otras de gran importancia para las sociedades no familiares que pueden ser reguladas mediante diversos convenios privados suscriptos por los socios, sean de una sociedad anónima o de una sociedad de cualquier otro tipo³².

Se trata, como se dijo, de acuerdos entre todos los socios o entre algunos de ellos, que no se hacen constar en el texto del contrato social ni del estatuto, y que tienen por objeto prever aspectos relativos a las relaciones de los socios entre sí, a las relaciones de los socios con la sociedad y, en algunos casos, a las relaciones de la sociedad y/o de los socios con terceros.

La amplitud del concepto es adrede y busca comprender en el mismo a toda situación “para-societaria”, en el sentido de una relación que se desarrolla en forma paralela a un contrato social o estatuto, que se refiera a los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de la sociedad y terceros.

En tal sentido, cabe reiterar que tanto los referidos pactos de “sindicación de acciones” como el “protocolo de la empresa familiar” son especies dentro de esta categoría de “convenios privados entre los socios”, pero que de ningún modo agotan su aplicación.

³⁰ Ver Favier Dubois (h), E.M. y Cesaretti, Oscar D. “El pacto de sindicación de acciones como instrumento del protocolo de la sociedad de familia”, en el libro “Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty”, Bs.As., 2007, Ed. Por FPIYDCJ y FJM, pag.405.

³¹ Ver Favier Dubois (h), E.M. “La contratación en la empresa familiar: el protocolo familiar y su valor legal”, en la “Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia”, Ed.Legis, Bs.As. año 2 – 2011, nro.1 pag.3.

³² Inclusive estos convenios pueden formularse en asociaciones civiles o en otras entidades o negocios asociativos respetando las particularidades de cada institución y los roles de los socios en las mismas.

La importancia de estos convenios es indudable ya que, por un lado, permiten un mejor funcionamiento social y, por el otro, resultan indispensables para evitar o disminuir los conflictos en la medida en que cuanto mayor sea la regulación de los derechos y obligaciones de los socios habrá menos margen para dudas o desinteligencias.

Además estos convenios llevan siempre cláusulas de prevención, detección, gestión y resolución de conflictos por medios alternativos³³.

Finalmente, adviértase que, en la medida en que éstos convenios son unánimes y consignan los derechos y obligaciones asumidos realmente por los socios, más allá del estatuto, será posible juzgar su cumplimiento teniendo en cuenta las verdaderas conductas debidas y no desde el rol formal de “mero inversor” desprovisto de obligaciones que asume el socio en las sociedades de capital en la fría letra de la ley de sociedades.

En cuanto a la oportunidad, el mejor momento para celebrar el convenio es en el momento de la constitución de la sociedad.

Ello ocurre cuando se trata de un “joint venture societario”³⁴, en el cual dos o más empresas independientes se unen para un emprendimiento común, o cuando se trata de un claro caso de que un socio es inversor y el otro se encarga del “management”, en un emprendimiento que supera cierta envergadura, donde siempre se suscribe un acuerdo de socios antes o junto con el contrato de sociedad.

En cambio, en la mayoría de los otros casos, y por los motivos señalados en el cap.2, éstos convenios nunca se firman o recién se suscriben, en un clima más enrarecido, cuando aparece alguna situación potencialmente conflictiva o cuando se genera un cambio en el elenco de socios o después de superado un conflicto, para prevenir otro futuro.

Es de desear que por el trabajo de los operadores jurídico-contables pueda lograrse la mayor utilización de estos convenios de modo de que se incorpore a las prácticas habituales la de firmar en todos los casos un acuerdo de este tipo al momento de suscribir el contrato constitutivo de una sociedad.

10.-CONTENIDOS POSIBLES DE LOS CONVENIOS PRIVADOS.

³³ Ver de los autores “Negociación, mediación y arbitraje en los conflictos societarios”. Errepar, DSE, nro.281, Tomo XXIII, abril 2011, pag. 381.

³⁴ Favier Dubois (h), E.M. “Joint Venture bajo forma de sociedad anónima” en Favier Dubois (h), E.M. (Director) “Negocios Parasocietarios”, Bs.As., 1994, Edit.Ad Hoc, pág.273.

A los contenidos ya referidos para los pactos de sindicación de acciones agregamos los siguientes que resultan de las necesidades societarias y de la práctica profesional.

10.1.-LA TRANSPARENCIA DE LOS APORTES Y EL SINCERAMIENTO SOBRE LOS SOCIOS.

En este punto nos referimos a todo lo que los socios se obligaron a aportar que no figura en el estatuto pero es fundamental para la sociedad, como el aporte de la propia clientela de un negocio anterior o la obtención y alquiler del local donde funcionará la empresa.

También puede hacerse mención de situaciones especiales, como por ejemplo las constancias relativas a donaciones encubiertas, sea en la constitución o en aumentos de capital sin prima de emisión, el carácter propio de bienes que aparecen como gananciales³⁵, la existencia de socios ocultos y de socios aparentes³⁶, el reconocimiento de la existencia de algún socio que no hizo el aporte referido en el estatuto sino que se obligó a una contraprestación presente o futura a favor de la sociedad, etc.

10.2.-EL “PLAN DE EMPRESA”.

Es muy interesante, cuando éste existe y fue la causa del contrato, hacer constar en el convenio privado el proyecto económico-financiero del negocio, expresado en inversiones, gastos, resultados y tiempos, al cual los socios prestaron su consentimiento y se obligaron a poner los medios para llevarlo a cabo, con los criterios para su rectificación, modificación, adaptación y conclusión. También los criterios de expansión, crecimiento, sucursales y competencia.

10.3.-LAS OBLIGACIONES DE HACER Y LOS DEBERES ASUMIDOS POR LOS SOCIOS.

Estas cláusulas instrumentan la asunción de deberes y obligaciones por parte de los socios, como los de trabajar para la empresa, cumplir un horario de trabajo, mantener vivo un contrato con un tercero, exclusividad, no competencia, poner bienes personales o empleados propios al servicio de la sociedad, pagar ciertos gastos sociales, cubrir pérdidas, hacer nuevos aportes conforme a las necesidades del negocio, etc.

10.4.-LA REGLAMENTACION DEL FUNCIONAMIENTO INTERNO DE LA SOCIEDAD.

³⁵ La omisión de tal circunstancia crea enormes problemas al momento de liquidar la sociedad conyugal. Ver Favier Dubois (h), E.M. “La financiación de la Empresa Familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal”, La Ley t.2010-C, pag. 1225 y stes.

³⁶ Ver nuestro trabajo “La actuación de “testaferros” en el derecho societario. El socio aparente y el socio oculto”, publicado en Errepar, DSE, nro.254, Enero 2008, T. XXI, pag.5

Estas cláusulas se refieren a una serie de temas vinculados al día a día de la sociedad, los que en algunos casos pueden consignarse, alternativamente, en un “reglamento societario”, inscripto o no inscripto (art. 5° L.S.)³⁷.

Las cuestiones que conviene incluir son las siguientes: la distribución de las diversas funciones o áreas de responsabilidades de la empresa entre los socios (vgr. compras, producción, administración, finanzas, ventas, publicidad, etc) el uso por parte de los socios de los bienes sociales³⁸, las políticas de personal y fiscales, los criterios para la contratación de personal, incluyendo la posibilidad o no de que trabajen familiares de los socios en la empresa, las retribuciones y premios, los retiros a cuentas de sueldos o de utilidades, la unificación del asesoramiento impositivo de la sociedad con el de los socios, etc.

11.-VALOR LEGAL DE LOS CONVENIOS PRIVADOS FRENTE A LOS ESTATUTOS Y REGLAMENTOS.

Como ya se destacó, algunas cláusulas de los convenios privados entre los socios podrían figurar en los estatutos o reglamentos, en tanto no se oponen claramente a la normativa societaria, pero los socios prefieren consignarlas por separado por un criterio de confidencialidad.

De no existir tal criterio de reserva, lo ideal sería incorporar la mayor cantidad de previsiones al propio estatuto o contrato social, tal como el orden societario actual permite en virtud del principio de “autonomía estatutaria”³⁹.

Ahora bien, para las materias que no puedan incluirse en estatutos o reglamentos, puede crearse en el estatuto una prestación accesorio consistente en suscribir y/o cumplir el convenio privado que sea obligatoria para los nuevos adquirentes de las acciones y con exclusión del socio para el caso de incumplimiento (art.50).

En cuanto al valor legal de los convenios privados, en la medida en que sean unánimes y en las materias que no contradicen la ley societaria, entendemos que deben ser considerados

³⁷ Ver Marinelli, Jose Luis “Reglamentos internos de las sociedades comerciales”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2007, pag.105.-

³⁸ De gran importancia en las sociedades “de medios” de profesionales. Ver de los autores “Las sociedades entre profesionales para la prestación de servicios”, La Ley 2012-B, p.837.

³⁹ Ver el tema sobre las posibles cláusulas que pueden incorporarse en los estatutos en el trabajo de los autores “Tipos sociales y cláusulas contractuales para la estructuración societaria de la empresa familiar”. Errepar, DSE, nro.284, Tomo XXIII, julio 2011, pag. 751 .También en “Perspectivas del Derecho Mercantil”, Ed. Legis, Bs.As., 2011, pags.129 y 137.

como reformas no inscriptas y, por ende, que son plenamente obligatorios para los socios y para la sociedad por aplicación del art. 12 de la ley 19.550⁴⁰.

12.-IMPACTO DEL PROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

El Proyecto de Código Civil y Comercial en trámite corrobora y refuerza el valor legal de los convenios privados de los socios por tres vías.

En primer lugar, porque los mismos pueden ser incluidos en la categoría de los “contratos asociativos” del art. 1442 y siguientes del nuevo código civil ya que son tanto “de colaboración” como “de organización” y también “participativos”, con una clara “comunidad de fin”: el buen funcionamiento y la sustentabilidad de la empresa.

Estos contratos tienen libertad de formas (art. 1444), de contenidos (art. 1446) y “producen efectos entre las partes” aunque no estén inscriptos (art. 1447).

En segundo término, por vía analógica, aplicando las normas sobre sociedades “informales” que permiten la invocación entre socios e inclusive la oponibilidad de las cláusulas frente a terceros que las conocían al contratar, respecto de contratos no inscriptos (arts. 22 y 23 de la ley de sociedades).

Finalmente, el art. 1024 del Proyecto, contempla la extensión activa y pasiva de los efectos del contrato a los sucesores universales, salvo inherencia, incompatibilidad o prohibición, lo que autoriza a trasladar los efectos del convenio de socios a los herederos.

13.-ALGUNAS CLAUSULAS HABITUALES Y/O DE CONVENIENTE INSERCIÓN.

A continuación, consignamos los contenidos, conceptuales o desarrollados, de algunas cláusulas que consideramos de suma importancia que figuren en los convenios privados entre socios.

1.-Comparendo: Aparecen los datos personales de los socios firmantes y, en muchos casos, también se hace comparecer a la sociedad como un modo de vincularla con el acuerdo.

2.-Declaración: Todos los convenios comienzan con una declaración de antecedentes que, por lo menos, hace referencia a la sociedad y a sus datos registrales y determina quienes

⁴⁰ Rossi, Hugo en “Oponibilidad y cumplimiento en los convenios de sindicación de acciones”, en Favier Dubois (h), E.M. (Director), “Negocios Parasocietarios”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 1994, pag.47. Ver en contra la opinión de Anaya referida pero siguiendo al derecho italiano donde no existe una norma como la del art. 12 de la ley 19.550.

son los socios, cuál es el capital social y que cantidad de acciones y votos tiene cada uno de los firmantes.

3.-Transparencia de socios y de aportes. Consignando si existen socios ocultos o socios del socio, como así cuales son los aportes verdaderos y el carácter propio o ganancial.

4.-Objeto: Se establece cuál es la finalidad o las finalidades del convenio dentro de los enunciados en los capítulos anteriores.

5.-Declaración de hacer prevalecer el convenio por sobre el estatuto y de votar y actuar de conformidad con el convenio.

6.-Duración: El momento de vigencia y de expiración del convenio. Su posible renovación. Qué ocurre si una parte deja de ser socio en el interín. Situación de los adquirentes. Duración hasta que una parte cumpla sus obligaciones pendientes respecto de otra.

7.-Ejercicio del derecho de voto conjunto. El compromiso de aceptar y votar las decisiones de la mayoría.

8.-Conformación del directorio. La composición del directorio. La designación del presidente. Los suplentes y su orden. El tiempo de duración de los cargos. La remuneración de los directores ejecutivos. El pago de gastos. Celulares. Obra social. Automotores. Actualización. Exclusividad. Viaticos y estadías.El derecho de los firmantes a ser designados directores. El derecho a honorarios. La retribución fijada. Los gastos de representación.

9.-Designación de la Sindicatura. Derecho de información de los socios⁴¹..

10.-Designación de auditores. Honorarios y gastos.

11.-Prohibición de competencia de los socios respecto de la sociedad. Negocios especialmente autorizados en su caso.

12.-Operaciones prohibidas a la sociedad. Condiciones para que la sociedad de garantías a terceros. Contratos de la sociedad con terceros a valor de mercado. Contratos con todos o algún socio: La autorización o preferencia de los socios para contratar con la sociedad

13.-El régimen de aumentos de capital. Prohibición o exigencia de prima de emisión. Mantenimiento de los porcentajes sociales.

14.-Restricciones a las transferencias de acciones. Entre socio. Respecto de terceros. Derecho de preferencia. Caso de las donaciones. También pueden incluir criterios y

41 Favier Dubois (h). E.M. "El derecho de información del socio y el exámen de los libros sociales: funcionamiento, alcances y límites", Errepar, DSE, nro. 273, tomo XXII, agosto 2010, pag.821, en co-autoría con Eduardo M. Favier Dubois (pater).

sistemas para la determinación previa del valor de las acciones o cuotas en caso de transferencia.

15.-Cláusulas Tag-Along y Drag-Along. Opciones cruzadas de compra. Derecho de salida del socio y posibilidad de compra de acciones o cuotas por la sociedad.

16.-Indisponibilidad de acciones por los socios: obligación de no constituir prenda y de levantar embargos. Caso de ejecución de cuotas o acciones de un socio por acreedores individuales.

17.-Procedimientos en caso de fallecimiento de socios. Incorporación o exclusión de herederos. Adquisición por los sobrevivientes de las partes sociales del fallecido. Determinación del precio. Financiación. Seguros.

18.-Política de dividendos. Reservas. Porcentaje anual sobre resultados.

19.-Retiros mensuales de los accionistas. Porcentaje sobre resultados mensuales.

20.-Decisiones que requieren unanimidad o mayorías agravadas.

21.-Distribución de resultados provenientes de la venta de activos estratégicos.

22.-Cláusulas de indemnidad⁴². Para directores y síndicos. Para los propios socios.

23.-Determinación del modo de la formación y tratamiento de los saldos de las Cuentas particulares de los socios.

24.-Política de personal. Familiares como empleados. Pagos no registrados.-Política fiscal. Situación fiscal de la sociedad y de los socios. Contador a cargo.

25.-Reglas de ejecución del convenio: Constitución de sociedad holding. Órganos del acuerdo: Comité Ejecutivo y asamblea de sindicatos. Representantes. Poder. Depósito del libro de registro de acciones en una escribanía. Depósito de las acciones. Obligación de no comparecencia a asambleas.

26.-Divisibilidad de efectos. Para el caso de nulidades o ineficacias parciales.

27.-Sanciones: La determinación del incumplimiento. La mora. El monto de la multa o sanción. Pesos, dólares o porcentaje. El modo de hacerla efectiva sobre las utilidades o sobre las propias partes sociales.

28.-Resolución de controversias: Detección. Negociación. Mediación. Arbitraje. La jurisdicción judicial o arbitral pactada. El derecho aplicable. Cláusulas de desempate y/o salida en sociedades cincuenta y cincuenta.

⁴² Ver nuestro trabajo "Las cláusulas de indemnidad en los acuerdos comerciales", Errepar, DSE, nro.266, tomo XXII, enero 2010, pag.5.

29.-Constitución de domicilios especiales. Modos de cambio. Comunicaciones paralelas a los asesores de las partes.

14.-CONCLUSIONES.

Siempre a título de propuestas provisorias, sujetas a la dialéctica del pensamiento, y como síntesis del trabajo proponemos las siguientes conclusiones:

1.-Por diversos motivos las bases fundamentales de los acuerdos entre los socios que hacen a la sustentabilidad de la empresa no figuran consignadas en el contrato social o en el estatuto inscripto.

2.-Aparece entonces la necesidad de que en forma paralela al estatuto los socios, y en cualquier tipo de sociedad, suscriban un convenio privado que reglamente todo aquello que no figura en los estatutos y que es fundamental para garantizar sus derechos y para la sustentabilidad de la continuidad de la empresa.

3.-Hasta ahora dicha función la cumplen, en parte, los “convenios de sindicación de acciones” y los “protocolos de empresa familiar”, los que no gozan de la difusión debida ni en todos los casos contienen todas las previsiones necesarias.

4.-Dichos convenios privados, en la medida en que estén suscriptos por todos los socios, podrán gozar, en lo pertinente, del carácter de “modificaciones no inscriptas” oponibles a la sociedad y a los socios en los términos del art. 12 de la ley 19.550.

5.-Finalmente, hacemos un llamado a los operadores jurídicos y económicos a especializarse en el tema y a brindar asesoramiento a los fundadores y socios de sociedades a efectos de que adopten estos acuerdos y los suscriban en forma paralela a la firma de todo contrato constitutivo o reforma de estatutos.

FINIS CORONAT OPUS

