

## Libertad de pactos

### Entre los acuerdos de accionistas y la brújula del interés social

Griselda González Rebechini[1]

*La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres.*

MIGUEL DE CERVANTES. Don Quijote de La Mancha.

#### **I. Una aproximación práctica a los acuerdos de accionistas [\[arriba\]](#)**

Los acuerdos de accionistas o pactos parasociales constituyen los convenios celebrados por los accionistas de una sociedad, al margen del estatuto social o de organización. Ellos pueden ser suscriptos por un grupo de accionistas o por su totalidad, denominados estos últimos también como pactos omnilaterales.

La sociedad se rige por la ley, sus estatutos y las decisiones que se resuelvan en el ámbito societario, pero nada obsta a que la totalidad de los accionistas en forma extrasocial puedan celebrar convenios o acuerdos parasociales para complementar, reforzar o cumplir de la mejor manera, jurídica económica, los fines sociales tenidos en cuenta para la consecución de sus objetivos.

Los pactos parasociales son celebrados al amparo del principio de la autonomía de voluntad y se caracterizan por ser uno de los contratos atípicos que afectan al derecho de sociedades. Las finalidades que persiguen pueden ser diversas y muchas veces se efectúan para mantener en forma confidencial -entre las partes-, algunas normas o procedimientos que los accionistas tendrán en cuenta, en una determinada situación o circunstancia.

Otro motivo por el que los pactos parasociales son celebrados es que en la normativa relacionada al derecho de sociedades o inclusive, dentro de los contratos u obligaciones no se encuentran previstas las nuevas modalidades o las situaciones que puedan suscitarse en el tracto de vida de una sociedad. Ello obliga a los accionistas a celebrar acuerdos al margen del estatuto de constitución de la sociedad de manera a ir satisfaciendo las necesidades. Además, los pactos parasociales se suscriben para omitir el paso de un determinado acuerdo por el registro público, por diversas razones.

Los pactos parasociales vienen igualmente como resultado de la innovación corporativa a reconocer que cuando el formalismo no viene como un mecanismo que maximice la ejecución de los negocios, se convierte en parte del problema. Los pactos o acuerdos de accionistas facilitan las negociaciones y se presentan como una forma de solución a diversas situaciones originadas en el ámbito societario con la sola finalidad de rentabilizar la empresa, promover la inversión y crear instrumentos maleables que respondan económicamente a diversas circunstancias y de manera rápida y eficaz.

En la mayoría de los casos, los pactos parasociales preceden a los grandes negocios y presentan per se sostenibilidad.

En los tiempos que transitamos existen nuevos panoramas y situaciones que requieren flexibilidad, armonización de intereses y resolución de conflictos. Lo físico está migrando a lo virtual y las disposiciones legales deben dictarse mirando esa práctica. Mientras sigamos teniendo disposiciones rígidas y formalistas en materia de sociedades, no acordes con la realidad de los negocios que observamos, los pactos parasociales se presentan como una alternativa rápida, conveniente y, sobre todo, que obliga válidamente y permite a los accionistas celebrar acuerdos y avanzar en la vorágine que representa un negocio.

Los acuerdos de accionistas no tienen, en puridad, naturaleza societaria en cuanto a su nacimiento y es por ello que, desde un punto de vista formalista, estos acuerdos de accionistas se desprenden de la esfera societaria pero el problema es que, al llegar al objeto contractual y quid de la cuestión, los acuerdos celebrados por los accionistas deben ser analizados con las normas que forman parte de todo el derecho de sociedades y con ello, el derecho de obligaciones y contratos por el impacto que conlleva en una persona jurídica como es la sociedad.

El derecho privado con su principio de licitud debe amparar las creaciones jurídicas que respondan a una justa causa y en ese aspecto, el pacto parasocial se presenta como un instrumento capaz de regir las innovaciones y negocios que se presentan en la esfera societaria.

Muy superficialmente los pactos parasociales fueron reconocidos en Paraguay en el marco de la reglamentación[2] de la ley que creó las empresas por acciones simplificadas conocidas por sus siglas EAS y que equivalen a las sociedades por acciones simplificadas (por sus siglas SAS) de Argentina. El reconocimiento se dio a partir del artículo que expuso que “los acuerdos de accionistas serán válidos siempre que su término no fuere superior a los cinco (5) años, prorrogables por unanimidad de sus suscriptores por periodos de cinco (5) años”.

Este artículo pone en énfasis la realidad de muchas sociedades con relación a los acuerdos de los accionistas y que, además, forma parte de la autonomía de voluntad de los accionistas. ¿Por qué solamente se adopta como marco lo que disponen los estatutos sociales? Obviamente, los estatutos sociales delimitan y establecen las disposiciones contractuales en materia societaria, al margen de lo que establecen las disposiciones legales vigentes, pero, muchas veces no es suficiente o surgen situaciones que se encuentran “fuera” del marco y entonces, ¿cómo procedemos cuando todos los accionistas están de acuerdo? La respuesta no es fácil y nos obliga a abrir el abanico y analizar la cuestión reconociendo muchos principios que guían esta cuestión, entre ellos la autonomía de la voluntad, el principio de licitud y el interés social.

La noción y determinación del interés social se extiende, en el derecho societario, hacia todas las cuestiones contractuales y económicas. Es por ello que los pactos parasociales están íntimamente vinculados con la noción de interés social. Esos pactos, que han sido conocidos en el Derecho Anglosajón como “pactos entre caballeros”, orbitan en la esfera extrasocietaria produciendo efectos intrasocietarios.

La ciencia del derecho reconoce en su esencia, la función de armonizar diferencias. Respecto a los intereses a precautelar, las teorías contractualistas, institucionalistas y las que derivan de ellas, así como las engendradas desde el Análisis Económico del Derecho (AED), no son excluyentes. En la actualidad y dado el auge de emprender o desarrollar un negocio en forma amigable y sustentable con el medio ambiente, no

resulta posible defender una sola teoría. Todas en alguna medida, toman o reconocen validez en aspectos, de otras. Así, todas, en esencia, pretenden precautelar intereses de los miembros de la esfera societaria (accionistas, medio ambiente, trabajadores, administradores, terceros contratantes, los acreedores, la comunidad y el Estado, inclusive) y otorgar una jerarquía a los intereses de los sujetos en el ámbito societario equivaldría a limitar eventuales intereses que, conforme al ordenamiento jurídico, estarían protegidos. En este estadio, el deber de no dañar otro es un jugador que adquiere importante participación.

El autor PAZ-ARES[3] ha establecido una distinción entre las normas *ius cogens* y el *ius imperativum*. Menciona el autor que las primeras proceden de la regulación de un determinado tipo societario, mientras que las segundas se extienden a través de todo el derecho de sociedades, lo atraviesan en diagonal y, por lo tanto, no son específicas de un tipo sino de todos, y naturalmente, del derecho de obligaciones. Concluye que el límite para los pactos parasociales constituye, el *ius imperativum*. Esta valiosísima distinción nos sirve a la hora de redactar no solo un acuerdo parasocial, sino también a la hora de intentar hacer oponible un acuerdo de accionistas o pacto parasocial.

## II. Concepto y función económica de los pactos parasociales [\[arriba\]](#)

La terminología “pactos parasociales” nos la dio el autor italiano OPPO[4] quien, traduciendo de la doctrina alemana, mencionó que son contratos accesorios. Propuso la terminología de contratos parasociales para los negocios accesorios al estatuto social[5]. Por su parte, escribió FRANCO DI SABATO[6] que, no pocas veces, al lado de la escritura de constitución y los estatutos sociales se celebran estipulaciones entre los socios o entre algunos de ellos, al momento de la constitución de la sociedad o durante la vida de esta. Son pactos destinados a regular el comportamiento que las partes prefieren tener o satisfacer en calidad de socios[7].

Fundamental importancia tiene en este campo el principio de licitud del derecho privado; ese principio que hace válido y eficaz toda cuestión que no se halle prohibida y no tropiece con los principios generales del derecho o el orden público.

En el ámbito del derecho societario y los pactos parasociales, debemos agregar un elemento más para la determinación de eficacia de todo acuerdo y es que se encuentre al margen del estatuto social y responda a la consecución o búsqueda del interés social.

La funcionalidad que tienen los pactos parasociales varía conforme a su objetivo, más ellos sirven para dotar a la sociedad de normas integrales que atenderán los accionistas; de manera que los pactos parasociales, muchas veces, vienen a completar e integrar las normas puestas en el estatuto social y además a facilitar el cumplimiento de las cláusulas puestas en él y eso se traduce, desde el análisis económico del derecho societario, en lograr un contrato perfecto que significará mejorar las relaciones jurídico societarias y obtener las finalidades económicas buscadas.

El estatuto social opera como un conjunto de normas que rigen la vida de la sociedad y más que el formalismo de la realización de una asamblea de accionistas (o juntas generales, en algunos países), nada obsta que puedan existir otras disposiciones que

afecten la organización societaria, máxime cuando esas disposiciones son dictadas por la totalidad de sus accionistas.

Respecto al estatuto social y los pactos parasociales, la diferencia fundamental entre ambas categorías estriba en que los acuerdos de todos los accionistas son, desde una óptica económica, complemento del contrato social tal y como se recoge en los estatutos, de tal manera que juntos -pactos más estatutos- conforman un contrato más completo de sociedad[8]. Estos pactos recogen, en esencia, las reglas de gobierno corporativo de la sociedad, reglas que, en gran medida, vienen a reglamentar actuaciones y pautas de comportamiento de los socios en situaciones de conflicto de interés (conflicto minoría-mayoría, gestión ordinaria de la actividad económica de la sociedad, etcétera). Desde esta perspectiva, en los pactos omnilaterales la separación entre normas estatutarias y parasociales no es tan absoluta, pues las consecuencias de las normas contractuales de los negocios parasociales pueden modificar la aplicación de las normas estatutarias[9].

### **III. Clases de pactos parasociales [\[arriba\]](#)**

La doctrina se ha ocupado de clasificar los pactos según criterios subjetivos (según la totalidad de accionistas que la suscriban) y objetivos (según la finalidad de estos), pudiendo ser éstos últimos, de relación, de organización o de atribución.

En cuanto a la primera clasificación (criterio subjetivo) los pactos pueden ser omnilaterales, es decir, como hemos dicho, suscripto por todos los accionistas de la sociedad, o no omnilaterales o suscriptos por un grupo de accionistas.

En el ámbito de la clasificación objetiva, los pactos de relación están destinados a reglar las relaciones de los accionistas entre sí, estando la sociedad propiamente dicha, fuera del ámbito de relacionamiento entre los accionistas. Cláusulas típicas en estos pactos son los de no competencia o el establecimiento de las condiciones en la que los accionistas podrán efectuar negocios afines o análogos con el objeto social o inclusive formar parte del órgano de administración de otra sociedad en situación de competencia o con algún margen de vinculación, sea dominante o dominada, el procedimiento de exclusión de accionistas y sus causas objetivas y determinadas, fijar algún periodo mínimo de permanencia de los accionistas en la sociedad, el establecimiento de toda prohibición de cesión o enajenación de acciones, la fijación de la prohibición de constitución de gravámenes sobre las acciones, prohibición de representación en asambleas, acuerdos sobre situaciones de bloqueos, de adquisición de derechos preferentes de participaciones sociales, las cláusulas Tag Along por la cual se otorga el derecho de acompañamiento o derecho de adhesión del accionista minoritario hacia el accionista mayoritario, cuando éste último decida enajenar y transmitir su participación accionaria a un tercero y/o, la inserción de las cláusulas Drag Along o el derecho de arrastre u obligación de venta, cuando el accionista mayoritario opte por enajenar su participación accionaria a un tercero, la vigencia de pactos de no agresión, o las cláusulas de cobertura de pérdida, etcétera.

Los pactos de atribución están compuestos por cláusulas que tienen por objeto establecer obligaciones sobre los accionistas, a favor de la sociedad, pudiendo ésta reclamar el cumplimiento de las cláusulas que allí se estipulen. Lo esencial en estos pactos es que los firmantes son los accionistas de la sociedad beneficiaria, así lo ha dicho el autor Flores: “La especialidad radica, en estos casos, en que tanto el (o los) promitente(s) como el (o los) estipulante(s) son socios de la sociedad

beneficiaria”[10]. En nuestra normativa sería un contrato a favor de un tercero (la sociedad) que suscribe el acuerdo en prueba de conformidad.

En estos pactos, los accionistas pueden establecer cada cuanto tiempo o en qué tiempo tendrá lugar un aumento de capital, las formas de capitalización a favor de la sociedad, asuntos de cada orden del día en los que se comprometen a asistir o inclusive a votar en algún sentido, como se establecerán o realizarán los planeamientos de rescate o amortización de acciones o en que situaciones la sociedad podrá efectuar un rescate de acciones o tener acciones en autocartera, y en qué condiciones serán liberadas éstas. Todo ello, atendiendo al interés social, como uno de los límites.

Los pactos de organización son los destinados a reglamentar la organización, el funcionamiento y, en definitiva, el sistema de toma de decisiones dentro la sociedad. Se ha dicho por ello que tienen siempre por objeto el control de la sociedad, bien sea para concentrarlo, para distribuirlo o para transferirlo. El espectro de esta clase de pactos es muy amplio: pactos interpretativos de las normas estatutarias; pactos sobre la composición del órgano de administración; pactos sobre las políticas a desarrollar por la compañía (plan de negocios, esquema de financiación o política de dividendos); pactos restrictivos de las competencias de los administradores; pactos sobre el régimen de las modificaciones estatutarias; pactos de arbitraje para deshacer situaciones de bloqueo o deadlock; pactos sobre la información que debe proporcionarse a los socios; pactos sobre la contratación por parte de las sociedades de socios y familiares; pactos sobre la disolución de la sociedad (por ejemplo, atribuyendo a un socio el derecho a instar la liquidación en caso de que se verifiquen determinadas circunstancias); pactos sobre quórum y mayorías; pactos para el ejercicio de los derecho de minoría, lugar y forma de celebración de las asambleas de socios o accionistas, etcétera[11].

#### **IV. Principio de Libertad de Pactos [\[arriba\]](#)**

Para la celebración de un pacto parasocial rigen los elementos inherentes a la formación del contrato que son el consentimiento, el objeto y la causa. Siendo la causa justamente, según sean pactos de atribución, de organización o de relación, plenamente válida y no afectando las cláusulas las normas que rigen el orden público societario, no cabe sino otorgarle plena eficacia entre partes e inclusive, frente a la sociedad, entendida esta última en su concepto de organización.

No cabe duda que los pactos parasociales tienen por objeto completar, fomentar, ordenar las normas ya existentes. El contrato de sociedad surge de una negociación de entre las partes y el pacto parasocial, en ese sentido, no es diferente.

La teoría del nexo contractual del Análisis Económico del Derecho Societario enseña que lograr que todos los contratos de las personas inmersas en el ámbito societario, luego de las negociaciones, contemplen una posible situación con una solución adecuada es difícil, razón por la cual nace el concepto del interés social como esa brújula de conducta.

Es claro que ningún acuerdo puede celebrarse en fraude a la ley o para lesionar derechos, bajo este precepto y el principio de licitud que guía el derecho privado se circunscriben los pactos parasociales.

Los pactos parasociales omnilaterales adquieren fuerza de ley entre las partes y su oponibilidad a la sociedad se presenta como una cuestión debatida. Acá es donde NOVAL PATO cuestiona si las normas de la sociedad se agotan en los estatutos sociales, o si los pactos parasociales omnilaterales pueden, de alguna manera, entrar a regir la organización societaria teniendo la eficacia del derecho societario y movilizándolo sus remedios.

En este estadio, cabe resalta que los pactos parasociales tienen en la realidad una función organizativa y funcional para la sociedad por lo que probablemente convendría que el legislador articule una norma de manera a encuadrar las normas de ellos en la vida societaria, con los límites que correspondan. En Paraguay, hay una aproximación a ello desde el reconocimiento mencionado en la introducción de este artículo.

Los pactos parasociales son contratos, para su validez y eficacia necesitan de los elementos esenciales para su constitución, los cuales citamos en el título anterior y no son más que el consentimiento, el objeto y la causa.

Surge la interrogante, ¿tienen los accionistas la facultad de dictar normas con eficacia para la sociedad? Mi respuesta es afirmativa. En la organización societaria, los accionistas constituyen el órgano de máxima jerarquía y más allá de estar sujetos a límites como ser el reconocimiento de otros intereses y el deber de obrar de buena fe, nada obsta que ellos, en forma extrasocial, dicten disposiciones que sirvan para la consecución de los fines sociales. Estos acuerdos se rigen, en principio, por las normas relacionadas a los contratos y obligaciones.

Los acuerdos parasociales deben responder a una necesidad. Ahora bien, esta necesidad debe ser analizada de la mano con el interés social y el interés de los accionistas. La medida del interés social se sitúa no solo en el ámbito societario estrictamente, sino también, en todos los negocios jurídicos (contratos y obligaciones) que asuman los accionistas de la sociedad en cuestión.

Para la celebración de un pacto parasocial, los límites de la autonomía de la voluntad son la ley, la moral y el orden público, es decir, que un pacto parasocial es plenamente válido si no contraría esos límites formando parte de ellos, el orden público societario y la protección de ciertas formalidades del tipo societario. Ahora bien, ¿es el interés social un elemento que se debe tener en cuenta a los efectos de la celebración de un pacto parasocial o solamente resulta de rigor al tiempo que se demanda su cumplimiento y se persiga su oponibilidad?

El orden público societario, a mi criterio, se aproximaría un tanto al interés social, entendido este como el interés de ese cúmulo de intereses de los socios, la sociedad misma, los terceros, los trabajadores, la comunidad y el Estado. Para quien escribe el orden público societario coincide con las normas de cierre del derecho societario, con lo cual, traspasadas estas, se podrían vulnerar los elementos propios del orden societario y las normas de conducta inherentes a la buena fe. Sobre ésta última idea descansa la teoría del nexo de los contratos que nace del Análisis Económico del Derecho.

Esta teoría propone explicar la función económica esencial que cumple la compañía como un centro de imputación de derechos y obligaciones, en lugar de concebirla y justificarla como un ente jurídico o una persona. Procura explicar la utilidad de la sociedad como el punto focal en torno al que convergen una infinidad de relaciones

y vínculos obligacionales, directos o indirectos, por cuya virtud todos los sujetos que tienen algún interés ante la compañía derivan, beneficios o asumen compromisos[12]. Dentro de los interesados se encuentran por supuesto, los asociados, los administradores, y todos aquellos terceros que tengan un interés en relación con la sociedad (stakeholders[13]). Deben considerarse incluidos en esa categoría los trabajadores y pensionados, los proveedores, los bancos y otras instituciones financieras, los suscriptores de bonos, los consumidores, el Estado, las municipalidades y la comunidad en la que opera la sociedad. En palabras de BAINBRIDGE, los empleados le suministran a la sociedad su trabajo. Los acreedores le entregan recursos de crédito. La contribución inicial de los accionistas consiste en sus aportes de capital y, de manera subsiguiente, en asumir el riesgo de pérdida relacionado con su inversión y ejercer vigilancia sobre la conducta de los administradores. Estos últimos supervisan el trabajo de los empleados y coordinan las actividades relativas a los insumos que la sociedad requiere. Así pues, la compañía es una ficción legal que representa un conjunto complejo de relaciones contractuales entre todos estos actores. Es decir, que el sujeto societario no es un ente, sino más bien, un modo en el que confluyen contratos explícitos e implícitos mediante los cuales se establecen derechos y obligaciones entre todos los participantes.

PAZ-ARES[14] ha establecido una distinción entre las normas *ius cogens* y el *ius imperativum*. Menciona el autor que las primeras proceden de la regulación de un determinado tipo societario, mientras que las segundas se extienden a través de todo el derecho de sociedades, lo atraviesan en diagonal y por lo tanto, no son específicas de un tipo sino de todos, y naturalmente, del derecho de obligaciones. Concluye que el límite para los pactos parasociales constituye, el *ius imperativum*.

Lo mencionado por PAZ-ARES se puede ilustrar en el ejemplo típico que sigue:

La totalidad de accionistas de una Sociedad establecen a través de un pacto parasocial la eliminación del derecho de suscripción preferente ante un determinado aumento de capital, a objeto de facilitar el ingreso de un inversor capitalista. El derecho de suscripción preferente es una norma consagrada tanto en la legislación societaria como usualmente, en los estatutos sociales. Llegado el momento de la celebración de la asamblea de accionistas, éstos renuncian en forma unánime a dicho derecho; el incumplimiento de ese pacto parasocial, por parte de uno solo de los accionistas, será considerado como una lesión al interés social. El derecho de suscripción preferente forma parte del *ius cogens* y no del *ius imperativum*.

Otro ejemplo típico es la elección de los Administradores. La legislación societaria menciona que todos los accionistas tienen, en virtud a sus derechos políticos, el derecho a nombrar administradores. La totalidad de los accionistas, en acuerdo parasocial, establecen un mecanismo de elección consistente en el nombramiento de dos Administradores por accionista, dado el caso de un directorio colegiado. Llegado el momento de la realización de la asamblea de accionistas, una designación distinta a lo pactado en el pacto parasocial es, conforme a la nueva normativa, una infracción al interés social. La facultad de nombrar administradores vendría a ser llamada como norma *ius cogens* y no como *ius imperativum*.

Los límites a los pactos parasociales y por ende la eficacia de estos dependerán de la no vulneración de la ley, la moral y el orden público y el orden público del derecho societario, actuando el interés social en forma intrínseca, en ellos.

Reunidos los elementos para su validez y eficacia, los pactos parasociales no podrían ser nulos de pleno derecho, salvo la inminente violación del orden público societario o el interés social. Caso contrario, se atentaría contra la doctrina de los actos propios.

No existiendo una normativa expresa dedicada a los pactos parasociales, ni desde las normas relacionadas a los contratos y a las obligaciones ni desde el derecho de sociedades, le cabe al juzgador atender la reunión de los elementos para determinar su eficacia.

## V. Aplicación del derecho societario a los pactos parasociales [\[arriba\]](#)

¿Es el derecho societario parte del derecho de contratos y obligaciones? ¿No es sino un contrato la forma en que nace el contrato de sociedad? Siendo el pacto parasocial, tal como su nombre lo indica, como accesorio del estatuto social, ¿debemos aplicar la normativa societaria?

Una primera aproximación para contestar la interrogante, debemos hallarla en la clasificación misma de los contratos y una clasificación acorde con los pactos parasociales la hace FIERRO MÉNDEZ[15] parafraseando a BAENA UPEGUI, cuando clasifica a los contratos teniendo en cuenta sus efectos, la utilidad, la equivalencia de las prestaciones, la forma como existen, el modo de perfeccionarse, la reglamentación legal, la forma como se produce la relación jurídica, según se requiera o no el consentimiento de todos los vinculados del acto, según como se van produciendo las obligaciones, según la naturaleza de su reglamentación, según su importancia social y la intervención estatal y según la relación con otros contratos.

Teniendo en cuenta según la forma en que existen, el autor hace la clasificación conforme sean principales, accesorios, dependientes o subordinados. Tomando esa clasificación, es posible que los pactos parasociales descansen allí, en calidad de accesorios o dependientes del estatuto social.

La clasificación nos importa a objeto de determinar la normativa aplicable. Cada pacto parasocial nace de la voluntad de los accionistas y se rige en principio, por las normas propias de los contratos y las obligaciones siendo aplicables, en consecuencia, todas las reglas, pautas y remedios inherentes a estos.

Si los pactos parasociales se refieren a los procedimientos inherentes a un tipo societario, en razón a precautelar el interés social, el pacto parasocial será válido y eficaz y la sociedad estará legitimada para activar su cumplimiento. En estos casos estamos en presencia del *ius cogens*. Nuevamente será el juzgador quien ponderará la situación y la necesidad de recurrir a la prevalencia del pacto parasocial y su ejecución, conforme a las reglas del derecho de sociedades.

A criterio de quien escribe, los pactos parasociales no se agotan en las normas que rigen los contratos y obligaciones, sino que también, en razón de su contenido, podrían ser aplicables las normas que rigen el ámbito societario. La causa del pacto parasocial está enraizada en el derecho de sociedades y la aplicación del derecho de sociedades se centra más que nada en el reconocimiento del interés social para mantener o la eficacia de un pacto parasocial.

Se hace necesario replantear las nociones del derecho de sociedades y establecer, si se quiere, en forma jerárquica, el conjunto de disposiciones que regirán la vida



de la sociedad; y tener en cuenta que el derecho societario es quizás un mecanismo que puede mejorar la economía de un país por lo cual un formalismo al extremo desincentiva la inversión y ocasiona muchas veces, una fuga de capitales.

Si la medida y finalidad de la aplicación del pacto parasocial es el interés social, cabe la aplicación de la normativa del derecho de sociedades. La actual limitación de las medidas impugnativas de decisiones asamblearias genera un blindaje que imposibilita, en la práctica, la oponibilidad de pactos parasociales incluso cuando éstos se celebraron en beneficio del interés social.

## **VI. Los pactos parasociales omnilaterales ¿Son oponibles a la sociedad? [\[arriba\]](#)**

El pacto parasocial debe prever la forma de hacer posible su cumplimiento aun por medios coercitivos. El problema de los pactos parasociales recae respecto a su eficacia y su oponibilidad frente a la sociedad. Ello comprende la posibilidad de impugnar una resolución adoptada por la asamblea de accionistas dada la existencia de un pacto parasocial con cláusulas o acuerdos distintos a los adoptados en las asambleas de accionistas.

La situación es plenamente posible, como consecuencia de accionistas que, transgrediendo las normas suscriptas en el pacto parasocial, se presentan en la asamblea de accionistas votando en sentido contrario, sirviendo dichos votos para cambiar el resultado de la decisión, en sentido contrario y lesionando de esta manera, el pacto parasocial. En la esfera del contrato mismo quebrantado, las sanciones o acciones para exigir responsabilidad, son los acordados en el mismo o en su defecto, en los remedios puestos en la normativa vigente relacionada a los contratos y las obligaciones.

El problema se plantea en el ámbito societario donde las causas de impugnación de un acuerdo social devienen limitadas y ajenas a la existencia de un pacto parasocial, en principio.

Las causas de impugnación de las sociedades anónimas fue un tema en constante evolución, manteniéndose sin embargo la misma línea de las causas de impugnación en numerus clausus, pudiéndose impugnar los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, los estatutos y el interés social.

Existen dos tesis que estudian la cuestión, una de ellas es la tesis clásica que no admite que un pacto parasocial pueda oponerse a la sociedad y lograr la impugnación de una resolución válidamente adoptada en la asamblea de accionistas. Esta considera a los pactos parasociales como contratos con plena eficacia entre las partes, no así frente a la sociedad, considerada esta como tercero. Es la tesis formalista y rígida.

En la tesis clásica, los accionistas firmantes cuentan con los remedios propios de los contratos y las obligaciones para hacer valer sus acuerdos. Es usual en ese sentido, la suscripción de cláusulas penales, sanciones de otra índole o sumisiones a arbitraje, por lo que el incumplimiento del pacto parasocial afecta solamente a la esfera de los firmantes, conforme a lo pactado.

Una sentencia que amparó la tesis clásica y fue arduamente comentada es la núm. 128/2009 de 6 marzo dictada por un tribunal europeo que ante un caso planteado respecto a la impugnación de un pacto parasocial por parte de un grupo de

accionistas ha resaltado: “La mera infracción de un convenio parasocial no basta, por sí sola, para la anulación de un acuerdo social -sentencia de 10 de diciembre de 2.008.-“

Respecto a esa eficacia entre las partes, PASTORI VICENT ha señalado:

Partiendo de la validez de un pacto parasocial, éste se convierte en ley entre la partes (art. 1.091 CC) y, en ese caso, no hay razón alguna para privar a quien esté interesado en su cumplimiento de ninguno de los remedios previstos por el sistema jurídico para la defensa y protección de sus intereses contractuales. El hecho de que los pactos parasociales estén ligados funcionalmente a la sociedad a que se refieren y de que, por tanto, le afecten indirectamente no puede servir de pretexto para recortar su alcance, como a veces se sostiene. No hay razón alguna en nuestro Derecho para ello[16].

Frente a la tesis clásica, se encuentra la tesis moderna, la que abre paso a la flexibilización de los pactos parasociales y menciona que, si estos han sido suscriptos por la totalidad de los accionistas, en la medida que sirva a organizar o a promover la funcionalidad de la Sociedad, los accionistas pueden arbitrar las medidas para impugnar, eventualmente, una resolución dictada en la asamblea accionistas. Mas dependerá del juzgador, en cada caso concreto, verificar los términos del pacto parasocial, dictaminar si los socios han infringido el deber de fidelidad y resolver si ha existido infracción del interés social, en base a esos elementos para determinar la oponibilidad a la sociedad.

PAZ-ARES ha reconocido esta cuestión mencionando que el problema básico con que nos enfrentamos consiste en discernir si las partes pueden echar mano de los mecanismos de enforcement que proporciona el derecho de sociedades para lograr la efectividad del pacto parasocial[17]. Este, al desarrollar el principio de inoponibilidad señala:

Dogmáticamente, el mismo se sustenta en un aspecto subjetivo --la ajenidad de la sociedad respecto los firmantes del pacto-- y otro objetivo --los pactos parasociales surgen al margen del Derecho de Sociedades--. Pues bien, si ambos presupuestos en algún caso decaen, la razón jurídica habrá de llevarnos a concluir que el principio quedará privado de su finalidad y, por ende, habrá de resultar inaplicado: cessante rationis legis, cessat lex ipsa. Desde algún sector se ha reputado suficiente para el decaimiento de la regla con que exista coincidencia subjetiva entre el pacto y la sociedad[18].

Un breve recorrido jurisprudencial nos señala que la tesis de la inoponibilidad (clásica) ha cedido en reiteradas ocasiones hacia la oponibilidad. NOVAL PATO[19] cita un fallo dictado en Alemania mencionando:

Así, en 1983, el Bundesgerichtshof (BGH) en la sentencia conocida como Kerbnagel-Entscheidung, consideró justificada la impugnación de un acuerdo social que contravenía un pacto asumido por la totalidad de los socios y ajeno a los estatutos, por entender que tales pactos, conforman el ordenamiento de la persona jurídica, siempre que los obligados por tales pactos continúen siendo los únicos miembros de la sociedad.

En el caso recién citado, los accionistas han establecido en un contrato parasocial, una cláusula de competencia y posteriormente, en un acuerdo social se había

resuelto en forma contraria a lo pactado en la cláusula del acuerdo parasocial. Así, NOVAL PATO ha dicho:

El BGH fundamentó primordialmente su decisión en razones de economía procesal: carece de sentido que para eliminar un acuerdo social que infringe un pacto omnilateral, no se admita su impugnación por vía societaria, cuando ese mismo resultado se puede obtener finalmente gracias a los cauces procesales previstos en el marco del derecho de las obligaciones y contratos, si bien tras haber padecido las cargas de un procedimiento más laborioso.

Se demuestra en rigor con los pactos parasociales, que los accionistas se obligan, en un determinado momento, a obrar de una forma u otra y que, toda conducta contraria a lo pactado y que no se encuentre debidamente justificada en el interés social, podría dar lugar a una infracción del deber de fidelidad de estos.

Los pactos parasociales en estos casos actúan como un medio de prueba y en esa realidad, sus efectos no se le pueden ser coartados. Si el objetivo es que finalmente la sociedad posea normas más completas para que el desenvolvimiento de ella pueda redundar en beneficio de todas las personas que la integran, por una cuestión de utilidad y atendiendo a la clasificación de contratos que efectuamos, sus efectos no se les pueden ser negados, salvo que lesionen el interés social operando siempre éste como límite de la actuación de los accionistas.

Debido a la influencia de la jurisprudencia y doctrina alemana, tanto en Austria como en Italia se ha suscitado un debate similar y no han faltado resoluciones judiciales que han reconocido a los pactos parasociales omnilaterales, una incidencia en la esfera societaria, esto es, más allá de la puramente obligacional[20]. NOVAL PATO menciona que parece artificial e incoherente que se pretenda fundamentar la radical desconexión entre los pactos omnilaterales y la sociedad, alegando simplemente la plena autonomía de la sociedad frente a los socios, cuando esos mismos socios (pese a ser terceros) disponen de la vía orgánica para incidir sobre el ordenamiento societario y esa facultad no causa ninguna extrañeza[21].

Lo que el autor plantea tiene sustento jurídico. Si los accionistas en una asamblea tienen la facultad de dictar normas que regirán la vida de la sociedad, los mismos socios, en forma ajena a la asamblea pueden tener las mismas facultades. La necesidad de la realización de una asamblea de accionistas se presenta como un requisito de formalismo.

Los códigos civiles o mercantiles normalmente establecen las menciones que necesariamente deben tener los estatutos para la constitución de una sociedad; los pactos parasociales omnilaterales tienden a ir más allá, es decir, buscan establecer cuestiones para la funcionalidad de la sociedad y la permanencia de los socios, todo ello para la consecución de los fines creados y en atención al interés social. Por ello se dice que los pactos parasociales tienen por finalidad completar el estatuto social de manera que económicamente también resulta más factible la existencia de estos, y allí es donde nuevamente volvemos a la teoría del nexo causal de análisis económico del derecho societario.

Los pactos parasociales suscriptos con cualquier finalidad y en la medida que sean celebrados a objeto de precautelar el interés social, desde la tesis moderna de la oponibilidad, son válidos y eficaces frente a la sociedad.

La protección del interés social no opera como requisito de validez de los pactos parasociales como si opera para la determinación de su eficacia y oponibilidad frente a la Sociedad; atento a ello, el interés social opera como rasero y límite de los actos jurídicos económicos que se celebren en la esfera del derecho societario y fuera de él.

#### **Bibliografía utilizada** [\[arriba\]](#)

- COLOMBRES, G., Curso de Derecho Societario, Parte General, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1972.
- DE ROIMISER, M., El interés social en la Sociedad Anónima, Depalma, Argentina, 1979.
- DI SABATO, F., Manuale Delle Società, UTET, Turín, Italia, 1984.
- FIERRO MÉNDEZ, R., Teoría General del Contrato: contratos civiles y mercantiles, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2007.
- FLORES, M., Los pactos parasociales a favor de la sociedad, Estudios jurídicos, En memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum, (AA.VV. Ana Belén Campuzano, Ángel Rojo), Documento TOL5.731.700, 2015.
- NOVAL PATO, J., Los pactos omnilaterales. Su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales, Aranzadi SA., Pamplona, 2012.
- OPPO, G., Diritto delle Società, CEDAM, Padova, Italia, 1992.
- PASTORI VICENT, M., Los pactos parasociales. Eficacia inter partes y frente a la sociedad, Tirant Online, Documento TOL3.811.699, URL: <http://www.tirantonline.com>, España, 2013.
- PAZ-ARES, C., La cuestión de la validez de los pactos parasociales, La Ley S.A, Madrid, España, 2011.
- PAZ ARES, C., El Enforcement de los Pactos Parasociales, URL: [www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf](http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf), España, 2003.
- REYES VILLAMIZAR, F., Análisis Económico del Derecho Societario, Colección Cátedra Bancolombia del Derecho Económico, Financiero y del Mercado de Valores, Colombia, 2012.

#### **Notas** [\[arriba\]](#)

[1] Abogada por la Universidad Nacional de Asunción (UNA) y miembro del cuadro de honor como alumna distinguida en el año 2011. Máster en Derecho Privado

Patrimonial por la Universidad de Salamanca y la Universidad Pública de Navarra en el año 2017. Coordinadora por la sección Paraguay del Libro “Derecho de la Moda en Iberoamérica”, dirigido por Enrique Ortega Burgos y Susy Bello Knoll, Editorial Thompson Reuters Aranzadi, en el año 2021. Mentora de “Oportunidades de Trayectoria Profesional” de USAID y Desarrollo, Instituto de Economía y Negocios, año 2011. Participó y lideró varias operaciones legales complejas asesorando a empresas nacionales, extranjeras y multinacionales. Escribió artículos y publicaciones en revistas nacionales y extranjeras. Su área de competencia es derecho corporativo, asuntos de derecho de seguros y cuestiones migratorias.

[2] Decreto N° 3.998/2020 “Por el cual se reglamenta la Ley N° 6480/2020, Que crea la Empresa por Acciones Simplificadas (EAS).

[3] PAZ-ARES, C.: «La validez de los pactos parasociales», Diario la Ley, núm. 7714, Sección Tribuna, 2011.

[4] OPPO, G., Diritto delle Società, CEDAM, Padova, Italia, 1992, pp. 3

[5] Texto original “Traducendo una terminologia invalsa nella dottina tedesca che contrappone Nebenvertrage a Nebenabreden si possono designare le nostre ipotesi come “contratti accessori” contrapponendoli alle “clausole accessorie”: se ho proposto la terminologia di contratti “parasociales”, per i negozi accessori al rapporto sociale.

[6] DI SABATO, F., Manuale Delle Società, UTET, Turín, Italia, 1984, pp. 232

[7] Texto original: Non di rado accanto all’atto costitutivo e allo statuto vengono stipulati fra i soci o fra alcuni di essi, al momento della costituzione della società o durante la vita di questa, patti destinati a regolare i comportamenti che le parti si prefiggono di tenere nella loro qualità di soci: si tratta dei c.d. (contratti) o patti parasociales

[8] PASTORI VICENT, M., Los pactos parasociales. Eficacia inter partes y frente a la sociedad, Documento TOL3.811.699, <http://www.tirantonline.com>, pp. 3 citando SÁEZ LACAVE, M. I., ob. cit., pp. 105 y 106.

[9] PASTORI VICENT, M., Los pactos parasociales. Eficacia inter partes y frente a la sociedad, Documento TOL3.811.699, <http://www.tiranonline.com>, pp. 3 citando a CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R.: «Comentario al artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas. Los pactos Reservados», en ARROYO.

[10] FLORES, M. Los pactos parasociales a favor de la sociedad, Estudios jurídicos. En memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum, (AA.VV. Ana Belén Campuzano, Ángel Rojo), 2015, Documento TOL5.731.700, Disponible en <http://www.tirantonline.com>, pp. 1 y PAZ ARES, C., El Enforcement de los Pactos Parasociales, Disponible en [www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf](http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf) última visita: 06-08-22. pp. 13

[11] PAZ ARES, C., El Enforcement de los Pactos Parasociales, Disponible en [www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf](http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf) última visita: 06-08-22 pp. 2

[12] REYES VILLAMIZAR, F., Análisis Económico del Derecho Societario, Colección Cátedra Bancolombia del Derecho Económico, Financiero y del Mercado de Valores, Colombia, 2012, pp. 51 citando: El conjunto de contratos que constituyen la firma consiste en, gran medida, en una multiplicidad de acuerdos implícitos, los cuales, además de ser incompletos, no son susceptibles de ejecución coactiva -Bainbridge, Corporatio Law, cit. p. 35.

[13] REYES VILLAMIZAR, F., Análisis Económico del Derecho Societario, Colección Cátedra Bancolombia del Derecho Económico, Financiero y del Mercado de Valores, Colombia, 2012, pp. 51 citando a Jairo SADDI, “el concepto de stakeholder es de difícil traducción pero puede ser resumido desde el punto de vista del agente que puede, potencialmente, afectar a la compañía. Es decir, así como el accionista - que también es un stakeholder- existen muchos actores que disponen del potencial, los medios, e incluso los obstáculos para influenciar los objetivos de la

Sociedad. Una de las definiciones iniciales de R. Edward FREEMAN establece que stakeholder es aquel que tiene interés y puede afectar o, ser afectado, por la organización de la firma (al poner de manifiesto una visión sociológica de la empresa). Su contribución al estudio Coseano consiste en considerar a cada agente económico como un sujeto con voluntades y objetivos diferentes, razones prácticas (en el sentido aristotélico) que no necesariamente coinciden” (SADDI, Jairo., “Conflictos de interesse no Mercado de Capitais. En MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo R., et. Al., Sociedade Anónima, Op. Cit., p. 347).

[14] PAZ-ARES, C.: «La validez de los pactos parasociales», Diario la Ley, núm. 7714, Sección Tribuna, 2011.

[15] FIERRO MÉNDEZ, R., Teoría general del contrato: contratos civiles y mercantiles, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2007, pp. 99.

[16] PASTORI VICENT, M., Los pactos parasociales. Eficacia inter partes y frente a la sociedad, Documento TOL3.811.699, <http://www.tirantonline.com>, pp. 12

[17] PAZ ARES, C., El Enforcement de los Pactos Parasociales, Disponible en [www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf](http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf) última visita: 06-08-22 pp. 12

[18] PASTORI VICENT, M., Los pactos parasociales. Eficacia inter partes y frente a la sociedad, Documento TOL3.811.699, <http://www.tirantonline.com>, pp. 23 citando a FERNÁNDEZ DEL POZO, L., ob. cit., pp. 174 y 175; PÉREZ MILLAN, D., ob. cit., pp. 393 y 394; y NOVAL PATO, J., ob. cit., p. 137.

[19] NOVAL PATO, J. Los pactos omnilaterales. Su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales, Aranzadi SA, Pamplona, 2012, pp. 60

[20] NOVAL PATO, J. Los pactos omnilaterales. Su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales, Aranzadi SA, Pamplona, 2012, pp. 66

[21] NOVAL PATO, J. Los pactos omnilaterales. Su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales, Aranzadi SA, Pamplona, 2012, pp. 83