

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
ESCUELA DE DERECHO

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO  
DE ABOGADO**

**“EXIBILIDAD DE LOS PACTOS PARASOCIALES”**

GABRIELA ALEXANDRA RAMÍREZ MONTEROS  
DIRECTOR: Dr. GONZALO GUILLERMO LASCANO BÁEZ

QUITO 2020

**DEDICATORIA:**

Este trabajo de investigación previo a incorporarme como Abogada, les dedico a mis padres que con su infinito amor, paciencia y enorme esfuerzo, han hecho posible cumplir con un sueño más.

La vida ha sido generosa conmigo, tengo la dicha de tener a mis padres conmigo, tres hermanos que han sido mi apoyo incondicional, constituyendo una familia unida, por lo que me siento orgullosa ser parte de ella, especialmente por el referente moral y ético que me han legado mis padres.

Hablando de la generosidad de la vida, en mi camino he tenido la solidaridad de la familia Marroquín – Monteros y en particular mi madrina Martha Marroquín, por su apoyo y consejos.

No puedo dejar de mencionar a mi sobrino Arturo David, un angelito de tres años, quién me motiva a ser mejor cada día.

**AGRADECIMIENTOS:**

Agradezco a mis padres que con su fuerza me permitieron terminar una carrera universitaria, sin ellos esto no fuera posible.

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador PUCE, institución me he formado académicamente.

A mi tutor de tesis el Dr. Gonzalo Lascano por su apoyo y colaboración en la elaboración de este trabajo de investigación.

A mis maestros que con sus experiencias y conocimientos me forjaron como profesional.

A mis compañeros, con quienes compartí grandes momentos que serán inolvidables, espero verlos en la vida profesional.

## RESUMEN

Este trabajo de investigación tiene como tema de estudio los pactos parasociales, que no son otra cosa que contratos privados, cuyas partes pueden ser: socios, administradores de la sociedad y terceras personas, los mismos que no se encuentran regulados por la Ley de Compañías, lo que genera inseguridad jurídica en cuanto a la exigibilidad de este tipo de pactos.

Para mayor eficacia de los pactos parasociales se debería incluir esta figura en la Ley de Compañías, en la cual se regule con claridad meridiana; sin embargo, por ahora y a falta de una ley que regule estos tipos de contratos, se analizará y determinará figuras jurídicas extrajudiciales que se podrían utilizar para garantizar el cumplimiento del pactos parasociales.

Se estudiará los conceptos básicos de los pactos parasociales para identificar desde su naturaleza hasta los diferentes tipos y, su correcta utilización. Posteriormente se determina las herramientas societarias y extrasocietarias que permitan a los contratantes exigir el cumplimiento de los acuerdos parasociales.

## **ABSTRACT**

This research is about shareholders agreements. Which are private contracts. Whose parts could be shareholders, administrators of company and other people. The shareholders agreements aren't regulated by the Corporate Law. It generates legal uncertainty about enforceability and demand of this type of pacts.

For effectiveness of the shareholders agreements, it should be included in the Corporate Law. Which is regulated with meridian clarity; however, now and for the absence of shareholders agreements regulated by corporate law. It's important to analyze and determine extrajudicial figures that could be used to guarantee compliance of shareholders agreements.

The basic concepts of the shareholders agreements will be studied to identify their nature, different types and their correct use. Then, corporate and extra-corporate tools are determined. Which allow contractors to demand compliance of shareholders agreements.

## ÍNDICE DE CONTENIDO

<b>DEDICATORIA .....</b>	<b>I</b>
<b>AGRADECIMIENTOS .....</b>	<b>II</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>III</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>IV</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>

### CAPÍTULO I

<b>GENERALIDADES DE LOS PACTOS PARASOCIALES .....</b>	<b>2</b>
<b>1.1 Definición .....</b>	<b>3</b>
<b>1.2 Características .....</b>	<b>5</b>
<b>1.3 Naturaleza .....</b>	<b>10</b>
<b>1.4 Finalidad .....</b>	<b>12</b>
<b>1.5 Elementos .....</b>	<b>13</b>
<b>1.5.1 Elemento objetivo.....</b>	<b>13</b>
<b>1.5.2 Elementos subjetivos .....</b>	<b>14</b>
<b>1.5.3 Partes contractuales .....</b>	<b>19</b>

### CAPITULO II

<b>PACTOS PARASOCIALES EN PARTICULAR Y SU EXIGIBILIDAD SOCIETARIA .....</b>	<b>23</b>
<b>2.1 Pactos de relación .....</b>	<b>23</b>
<b>2.1.1 Drag y Tag along .....</b>	<b>24</b>
<b>2.1.1.1 Drag Along o derecho de arrastre .....</b>	<b>25</b>
<b>a) Definición .....</b>	<b>25</b>
<b>b) Utilización.....</b>	<b>26</b>
<b>c) Call.....</b>	<b>27</b>
<b>d) Estructura y ejemplificación.....</b>	<b>27</b>
<b>2.1.1.2 Tag Along o derecho de acompañamiento .....</b>	<b>28</b>
<b>a) Definición .....</b>	<b>28</b>

b) Utilidad .....	29
c) Put.....	29
d) Estructura y ejemplificación.....	30
2.1.2 Pacto sobre restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones o Sindicato de bloqueo .....	30
2.1.3 Derecho de suscripción preferente.....	35
2.2 Pactos de organización.....	39
2.2.1 Pactos sobre la administración de la sociedad .....	40
2.2.2 Pactos de organización con respecto a la Junta o Asamblea General .....	42
a) Junta o Asamblea General .....	42
b) Convocatoria a la Junta General.....	42
c) Tipos de Juntas Generales.....	44
d) Pacto parasocial sobre el voto / Sindicalización del voto.....	44
e) Impugnación de las resoluciones de las Juntas Generales.....	49
2.3 Pactos de atribución .....	51
2.3.1 Pactos de no competencia .....	52
2.3.2 Pactos de Financiación.....	54

### CAPITULO III

<b>HERRAMIENTAS JURÍDICAS PARA LA EXIGIBILIDAD DE LOS PACTOS PARASOCIALES .....</b>	<b>56</b>
3.2 Autotutela.....	56
3.2.1 Definición .....	56
3.2.2 Aplicación.....	57
3.2 Cláusula penal .....	59
3.2.1 Definición .....	59
3.2.2 Características .....	59
3.2.3 Funciones .....	60
3.2.4 Aplicación.....	62
3.3 Caución.....	63
3.3.1 Fianza .....	64
a) Definición.....	64
b) Características.....	65
c) Clases de fianzas.....	66

<b>3.3.2 Prenda</b> .....	67
a) <b>Definición</b> .....	67
b) <b>Características</b> .....	68
c) <b>Clasificación de la prenda</b> .....	69
d) <b>Obligaciones y derechos del acreedor</b> .....	70
e) <b>Obligaciones y derechos del deudor</b> .....	71
f) <b>La acción como prenda</b> .....	71
<b>3.3.3 Hipoteca</b> .....	73
a) <b>Definición</b> .....	73
b) <b>Características</b> .....	73
c) <b>Derechos del acreedor</b> .....	74
d) <b>Objetos en los que puede recaer la hipoteca</b> .....	75
<b>3.4 Cláusula de mediación</b> .....	76
<b>3.4.1 Definición</b> .....	76
<b>3.4.2 Características</b> .....	77
<b>3.4.3 Ventajas</b> .....	78
<b>3.4.4 Actas de mediación</b> .....	78
<b>3.5 Exclusión del socio</b> .....	79
<b>CONCLUSIONES</b> .....	82
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	86
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	88

## INTRODUCCIÓN

Investigar sobre la Exigibilidad de los pactos parasociales es de vital importancia porque genera un aporte en el ámbito societario, aún más, cuando no existe legislación que regule los acuerdos parasociales.

Sin embargo, al ser un acuerdo autónomo entre privados, independiente de la sociedad, es difícil definir las acciones que se debe tomar para exigir el cumplimiento de tales pactos, por esta razón surge la pregunta ¿Cómo hacer exigible un pacto parasocial?.

La finalidad de este trabajo de investigación es establecer las posibles soluciones a la incertidumbre jurídica producida por el vacío normativo sobre la exigibilidad de los acuerdos parasociales, para lo cual, emplearemos los siguientes métodos: Analítico, Exegético, Exegético, Deductivo, Sintético y Comparativo.

Esta investigación está compuesta por tres capítulos, en el primero se abordará los aspectos generales de los pactos parasociales como son: definiciones, características, naturaleza, elementos objetivos, subjetivos y accesorios.

En el segundo capítulo se estudiará los distintos pactos parasociales, de relación, de organización y de atribución, así como los subtipos con el objetivo de identificarlos y utilizarlos correctamente, dentro de este análisis expondremos sobre figuras societarias como la transmisibilidad de las acciones, el voto, la junta o asamblea general, entre otras.

Finalmente en el tercer capítulo se determinará las herramientas civiles y societarias para la exigibilidad de los acuerdos parasociales como son: la cláusula penal, la autotutela, la caución y sus tipos, la fianza, prenda e hipoteca, la cláusula de mediación como un método alternativo de solución y, la exclusión de socios.

## **CAPITULO I**

### **GENERALIDADES DE LOS PACTOS PARASOCIALES**

El contrato social y los estatutos no regulan todos los aspectos de la sociedad, por lo que, se desarrolló una práctica corporativa, que consiste en realizar acuerdos privados que regulan determinados temas no previstos en estatutos ni en la ley, por lo general se lo hace entre socios, esta figura es denominada como pactos parasociales.

Los pactos parasociales se ha convertido en una herramienta societaria cada vez más utilizada y, aunque no existe normativa que los regule, es importante que al menos de forma doctrinaria y mediante normativa extranjera se aclare los aspectos generales y característicos de los pactos, así como sus tipos, lo que nos provee la suficiente información para darles un uso y manejo adecuado.

El artículo 191 de la Ley de Compañías abre la posibilidad de la celebración de acuerdos entre accionistas sobre la negociación de acciones; sin embargo, en nuestra legislación no existe una definición legal sobre los acuerdos entre socios o comúnmente llamados pactos parasociales, lo que da lugar a que existan problemas de interpretación a causa de la falta de conceptualización y regulación. El vacío normativo puede afectar en cuanto a su validez y eficacia, así como establecer los mecanismos de exigibilidad.

Por esta razón, en el presente capítulo se tratará temas generales sobre los pactos parasociales, estos son: la definición, características, naturaleza, elementos objetivos y subjetivos y finalidades, lo que nos permitirá identificar plenamente los acuerdos extraestatutarios, para un mejor uso en el ámbito societario.

Cabe recalcar que el desarrollo del presente trabajo, la investigación y el análisis sobre los pactos parasociales se harán desde la perspectiva de las compañías capitalistas, específicamente, las sociedades anónimas, ya que este tipo de sociedad tiene características peculiares que la hacen más idónea para los inversionistas. Además sus

accionistas gozan de responsabilidad limitada y libre transmisibilidad de acciones, respecto a este tema Gagliardo (2005) menciona que “la función relevante de la sociedad anónima es la reunión de un número amplio de inversores. Tal entidad en cuanto técnica jurídica es una capital elevado a la categoría de persona jurídica, cuyo capital se divide en acciones” (p.315).

Las principales características de la sociedad anónima son: a) que tiene su capital dividido en acciones, b) es una sociedad capitalista, los accionistas unen sus capitales con el objetivo de generar utilidades, c) sus accionistas tienen responsabilidad limitada, es decir, en cuanto a pasivos de la compañía solo responden hasta el monto del capital aportado y, d) las acciones son libremente negociables, por lo que su traspaso no necesita de autorización (Dávila, 2008, pp. 10 y 11).

La legislación ecuatoriana, define a las compañías anónimas como una sociedad constituida legalmente, conformado por un capital compuesto por aportaciones de los accionistas, el capital está dividido en acciones, cuya transferencia puede ser negociable.

### **1.1 Definición**

Los acuerdos parasociales no tienen regulación propia en los ordenamientos jurídicos, a pesar que su uso es habitual en el ámbito societario. La poca normativa referente al tema se ha desarrollado únicamente en las sociedades anónimas, lo que genera incertidumbre jurídica respecto a su exigibilidad (Henaó, 2013, p 179).

Existen varios autores que tratan de dar una definición a los acuerdos parasociales. Sánchez (2010) lo define como convenios celebrados entre accionistas de una compañía, con el objetivo de modificar, o regular con un alcance interno (p.65). Martínez (2017) define a los pactos parasociales “como aquellos acuerdos celebrados entre todos o algunos de los socios entre sí, o entre todos o algunos socios y terceros, con el fin de integrar,

completar o modificar algunos aspectos de la vida social al margen de lo dispuesto en el contrato fundacional” (p. 25).

Cabe recalcar que Ruiz y Martínez, en sus definiciones sobre los pactos parasociales mencionan un elemento importante que es regular la sociedad, pero de forma interna, ya sea integrando, completando o modificando relaciones internas, específicamente entre socios, al menos una de las partes debe ser socio, por lo que cabe recalcar que, al ser un tema regulatorio interno, las partes únicamente pueden formar parte de un acuerdo extraestatutario mientras tengan un vínculo jurídico con la sociedad.

Por otro lado, Sáez Lacave (2009) a diferencia de Ruiz y Martínez no solo atribuye a los pactos parasociales la regulación interna de la sociedad, sino que va más allá y, señala que son sociedades internas para definir y concretar el control de la compañía y realizar una estrategia conjunta de toma de decisiones sobre la compañía (p.4).

Dentro de la doctrina, también definen a los pactos parasociales como “operaciones negociales entre los socios o con terceros que buscan integrar o modificar la disciplina societaria. Son acuerdos con eficacia relativa o *inter partes*, en principio, que pretenden regular extremos no incluidos dentro del ámbito estatutario” (Lina Henao, 2013, p. 182). La misma autora afirma que los acuerdos parasociales son celebrados al margen de la regulación societaria y constituyen una herramienta dentro del ámbito societario, aunque su cumplimiento, está regido bajo las reglas de derecho civil y, en menor medida, por el derecho societario (p.179).

Con base a las definiciones expuestas anteriormente, se puede crear una, donde se mencione de forma general los aspectos más importantes de los pactos parasociales, por lo cual se empieza mencionando que son acuerdos donde, al menos una de las partes es accionista, con el fin de crear, modificar y regular no solo la conducta de los socios, sino

las relaciones internas en determinados ámbitos dentro de la interacción societaria en calidad de accionistas.

Lo señalado con Henao se sitúa en el contexto actual, donde la globalización hace que las relaciones no solo comerciales sino también jurídicos avansasen de forma veloz, es lo que sucede con el Derecho Mercantil y Societario, siendo estas las bases jurídicas dentro de la economía en el Derecho Empresarial y en la sociedad en sí, es por eso que los pactos parasociales cada vez son más frecuentes dentro de la practica societaria, aun cuando esta no establezca un marco legal, lo que deja a la discrecionalidad de las partes suscriptoras.

## **1.2 Características**

Una de las características más importantes de los pactos parasociales es que son autónomos. El diccionario de la Real Academia Española (2019) define a la autonomía como condición de alguien o algo que le hace independiente para ciertas cosas.

Los acuerdos parasociales al ser contratos celebrados al margen de la legislación societaria y de los estatutos de la compañía, gozan de autonomía respecto al contrato social y a los estatutos, es decir, los pactos parasociales son independientes del estatuto social en cuanto a su contenido, funcionamiento y exigibilidad, a pesar de ser autónomos en ciertas legislaciones para que sean válidos deben guardar armonía con los estatutos sociales, es así que en la legislación peruana se establece que en el caso que el contenido de los acuerdos entre los accionistas vayan en contra de los estatutos sociales, estos últimos prevalecerán, ya que por orden jerárquico el estatuto prevalece sobre un contrato, en este caso, un pacto parasocial.

Palmadera (2009) define al estatuto como

El reglamento interno de la sociedad, integrado por un conjunto de normas particulares de cumplimiento obligatorio relativas a la organización y funcionamiento de la sociedad, la forma en que los socios ejercen sus

derechos y cumplen sus obligaciones y la realización de las actividades económicas que constituyen el objeto social. (p.37)

A pesar de lo antes mencionado los pactos parasociales son contratos accesorios a la sociedad; es decir, debe existir una sociedad legalmente constituida para que se celebren acuerdos parasociales, dentro de la cual al menos una de las partes debe ser accionista de dicha compañía.

Por esta razón, Peña (2017) señala que “su existencia está íntimamente ligada a la existencia de la sociedad y del estatuto social; si cualquiera de estos dos últimos desaparece, desaparecería también el convenio de accionistas” (p.13)

Es importante aclarar que el elemento de accesoriedad de los pactos parasociales es única y exclusivamente en relación con la existencia de la sociedad (Henoa, 2013, p. 186). Si la compañía deja de existir los pactos parasociales también lo hacen, su accesoriedad es solo en cuanto a la existencia.

Aunque en la mayor parte de la doctrina se lo caracteriza por ser accesorio, existe una parte contradictoria que establece que no es accesorio sino conexa, así lo explica Anaya (s/f) cuando menciona que:

Este tipo de contratos puede continuar existiendo tras la resolución del contrato social por ejemplo en el supuesto de que regule aspectos puntuales de la liquidación o bien, también puede existir con anterioridad al contrato social toda vez que puede tener por objeto la mismísima constitución de la sociedad. (p.4)

Por lo señalado por Anaya se puede señalar que los pactos parasociales tienen funcionalidad no solo cuando la compañía existe sino cuando existe una conexión con la vida jurídica de una sociedad, aunque una de las finalidades sea regular las relaciones entre accionistas.

Sobre las características mencionadas se puede llegar a confundir entre ser autónomos y accesorios, aunque parezcan contradictorios no lo son, es más, coexisten, la diferencia básica entre estos, es el alcance de cada una de las características, son

autónomos en el sentido de la celebración, quienes se obligan y el contenido del mismo; por ejemplo, en relación a las partes suscriptoras del contrato social y por ende de los estatutos, son todos los accionistas pertenecientes a la sociedad; sin embargo, cuando se suscribe el pacto parasocial, no todos los accionistas deben obligarse, es voluntario el formar parte del acuerdo; en cambio, son accesorios en cuanto a su existencia, si la sociedad deja de existir de forma automática el pacto parasocial también lo hace, ya que sin sociedad no existiría socios, y sin socios ya no tendría a quien regular.

Otra característica que según la doctrina dota de exigibilidad y validez a los pactos parasociales es la publicidad, existen varias posturas, entre ellas Henao (2013) menciona que mediante la publicidad del acuerdo parasocial se hace oponible a terceros, por lo cual dota de idoneidad y validez al acto (p.201). El mismo autor señala que se debe cumplir con la publicidad de los pactos para dar a conocer de su contenido incluyendo aquello que limita el derecho al voto y a libre transmisibilidad de acciones (p.204).

En algunos países donde existe regulación de los pactos parasociales, se aplica en estricto sentido el principio de publicidad ya que es un requisito de validez y de oponibilidad frente a terceros. Ley Societaria Brasileña señala que los acuerdos parasociales sobre la compra y venta de sus acciones, el derecho de preferencia para adquirirlas, o ejercicio de derecho al voto solo pueden ser oponibles a terceros y constituir fuentes de obligaciones únicamente después de ser inscritos en los libros sociales de la compañía, a pesar de que en la ley señala de forma taxativa qué pactos serán oponibles a terceros, deja un vacío legal sobre los demás acuerdos entre accionistas.

En la legislación peruana se establece que los pactos parasociales serán válidos y exigibles cuando sean debidamente comunicados. En Uruguay, según la Ley de Sociedades Comerciales, los pactos parasociales solo tendrán efectos frente a terceros

entregándose un ejemplar del convenio a la sociedad, además, se debe anotar en el libro de acciones y accionistas.

Sin embargo, generalmente las partes intervinientes prefieren que su contenido sea reservado por las siguientes razones: primero, por ser susceptibles de modificaciones para lo cual debe haber unanimidad de las partes intervinientes para efectuarse los cambios correspondientes, es más fácil contraer un nuevo acuerdo opuesto total o parcial al anterior, si su contenido no ha sido publicado; y, segundo, porque su contenido puede ser contrario a los estatutos o al orden legal, lo que evidentemente afectaría a la validez y eficacia del acuerdo parasocial (Martínez, 2017, pp. 36-39).

Además los acuerdos parasociales son contratos plurilaterales, pueden participar dos o más accionistas. Si bien es cierto que intervienen varios sujetos, por lo general estos no tienen obligaciones recíprocas que cumplir, sino que persiguen un interés en común, por lo cual cooperan entre sí (Boza Asesores Legales, 2017).

Una característica innovadora y muy importante de los convenios parasociales es que crean nuevas relaciones jurídicas distintas a las ya establecidas en el contrato social y a los estatutos (Valle, Guillen, Alvarez y Vivanco, s/f, p.2). Las relaciones entre los socios empiezan con el contrato social, es decir, en el momento en que se organizan, uniendo capitales con el fin de conformar una compañía para obtener beneficio pecuniario de ella. En el artículo 1 de la Ley de Compañías define al contrato social como “aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades” (Ley de Compañías, 1999).

Las características esenciales del contrato social son: a) bilaterales o multilaterales, b) es un contrato oneroso, ya que necesariamente deban aportar algo que sea apreciable económicamente, lo que posteriormente generará utilidades y finalmente,

c) es consensual y tiene que cumplir con las formalidades establecidas en la ley (Brigante, 2006, p. 37-39).

Una vez que se celebra el contrato social empieza la relación jurídica entre los socios y, de los socios con la sociedad, además esta puede ser regulada en los estatutos; sin embargo, no es la única forma, los pacto parasociales también las puede regular, para hacerlo se crea nuevas relaciones dentro de las cuales se establecen determinadas obligaciones y derechos, distintos a los pactados en el contrato social y en los estatutos.

Es importante recalcar que los pactos parasocietarios son intuito persona, ya que para la oponibilidad y exigibilidad de los acuerdos parasociales se lo hace a quien en calidad de socio firmó libre y voluntariamente este acuerdo (Peña, 2017, p. 11).

Los contratos intuito personae se caracterizan en que las partes quieren que determinadas personas cumplan con la prestación contractual, ya sea por sus calidades o condiciones específicas (Castro, 2011 p335). En el art. 1588 del Código Civil ecuatoriano (2005) establece en relación al pago de la obligación, que si para la determinación de la obligación se toma en cuenta la aptitud o talento, únicamente esa persona podrá ejecutar y cumplir con la obligación, por lo que en este tipo de contratos no cabe la subrogación para el cumplimiento del contrato.

Referente a este tema el tratadista Anaya (s/f) hace una distinción importante sobre los acuerdos entre accionistas, también llamado sindicación de accionistas, y lo define como un vínculo asociativo respecto a la calidad de accionista que se ostenta mas no en relación con el título, es decir, la acción, por lo tanto, en caso de transferencia de acciones, el nuevo titular de la acción no queda obligado a cumplir con el pacto parasociales celebrado con el anterior propietario (p.3).

Para explicar de una forma más sencilla lo anteriormente expuesto, si un socio en determinada fecha firma un pacto parasocial y, luego de un tiempo vende sus acciones, la

exigibilidad del contrato de parasocial se lo debe hacer a quien en calidad de socio firmó, y no al nuevo accionista, es por eso que se los denomina convenio de accionistas.

## **1.2 Naturaleza**

Los acuerdos entre socios tienen una naturaleza contractual, es decir, los pactos parasociales son contratos privados entre socios, entendiendo a un contrato como “el resultado del acuerdo de voluntades, en base a la autonomía de la voluntad ajustada a la ley, que genera obligaciones, por lo tanto, la voluntad de las partes a su vez constituye fuente de las obligaciones contractuales” (Cevallos, 2005, p. 53).

Marcela Castro (2011) define al contrato como una herramienta jurídica mediante la cual se unen varios individuos con el fin de cooperar entre sí para lograr realizar sus intereses (p.312).

El artículo 1454 Código Civil (2005) conceptualiza al contrato como “un acto por el cual se obliga con otra persona a dar, hacer o no hacer alguna cosa”, puede ser bilateral o multilateral.

Gagliardo (2005) señala que “El contrato configura un instrumento jurídico en el ámbito económico-social, cuya finalidad es proporcionar a las partes bienes o servicios, destinados a satisfacer necesidades subjetivas” (p. 75).

Una de las características del contrato es su fuerza obligatoria ya que en el Código Civil establece que el contrato es ley para las partes, el contenido del contrato los obliga de igual forma que obliga la ley, de tal manera que si no se cumple con las prestaciones contractuales se puede pedir a la administración de justicia su realización de forma coercitiva, en síntesis el contrato “es una norma jurídica, fuente de obligaciones con carácter vinculante” (Castro, 2011, p 348).

Si bien es cierto que los pactos parasociales dentro del ámbito societario no tienen regulación, sin embargo, al tener naturaleza contractual su contenido es de obligatorio

complimiento, ya que constituiría ley para las partes que lo suscribieron, por lo que podemos concluir que en caso de incumplimiento es exigible según las normas de derecho civil.

Entonces, al ser un contrato privado existen vínculos obligacionales entre las partes, en los que el objeto del pacto es dar, hacer o no hacer, es decir, se rige bajo el derecho de obligaciones. Es esencial explicar que la naturaleza jurídica de los acuerdos parasociales es distinta a la naturaleza del contrato social, por lo tanto, los acuerdos parasociales son autónomos aunque, dependientes funcionalmente a la sociedad, ya que se celebran al margen de la legislación interna de la sociedad (Velasco, 2017, p. 24).

Es importante aclarar porque se diferencia la naturaleza jurídica del contrato social al pacto parasocial, en primer lugar los contenidos de dichos instrumentos jurídicos son distintos, ya que en el contrato social se juntan capitales con el fin de crear una persona jurídica y beneficiarse de ella, en cambio en los pactos parasociales se busca regular las relaciones internas de la sociedad; en segundo lugar, la regulación es distinta, el contrato social se rige bajo los términos de la Ley de Compañías, los pactos parasociales bajo el Código Civil y la Ley de Compañías, finalmente se puede asociar al contrato social con naturaleza societaria y al acuerdo parasocial con naturaleza civil-contractual.

Los pactos parasociales son acuerdos celebrados entre accionistas, lo que hace que constituyan contratos privados independientes al contrato social y a los estatutos, además de tener naturaleza contractual, son contratos atípicos.

Los contratos atípicos son aquellos que no tienen regulación normativa, lo que en cierta medida es una ventaja ya que las partes tienen “la posibilidad infinita de crear nuevas operaciones y combinar los tipos de contratos existentes para hacer operaciones más complejas” (Castro, 2011, p 337).

Es evidente que los pactos parasociales son contratos atípicos, entendiendo estos últimos como aquellos contratos que no están regulados por la ley. Ugarte (2010) menciona que estos contratos empiezan a tener mayor importancia dentro de la contratación comercial, financiera y jurídica, en derivación a la globalización y avances de las relaciones económicas efectuadas de manera mundial, de la misma forma afirma que son contratos atípicos por no estar regulados por el ordenamiento jurídico aunque, son celebrados en concordancia con el principio de la autonomía de la voluntad dentro del derecho contractual privado.

#### **1.4 Finalidad**

Los pactos parasociales son convenios realizados entre socios con el fin de regular las relaciones internas regidas dentro de una sociedad (Paz-Ares, 2003, p. 1). Como menciona Paz-Ares se celebran los acuerdos parasociales con un fin regulatorio; sin embargo, es de forma general, existen finalidades mucho más específicas mencionadas a continuación.

a) la más común es la de regular las relaciones entre socios sin intervención de la sociedad, por ejemplo, acuerdos sobre el voto en las juntas generales de socios, acuerdos sobre las ventas de acciones, entre otros; b) otra finalidad es por el bien de la sociedad; es decir, mediante estos pactos parasociales se busca proporcionar ventajas a la sociedad, como pactar sobre la financiación de la compañía o sobre el reintegro del patrimonio en caso de pérdidas; y, c) finalmente hay pactos sobre la organización y administración de la sociedad, ya sea en políticas, reglamentos u órganos de administración (Pérez, Bustamante y Ponce, s/f).

Dentro de la doctrina varios autores indican que los pactos parasociales son acuerdos mediante los cuales no solo se regulan las relaciones internas de la sociedad sino que estas van direccionadas a controlar la compañía así como su disciplina. La mayor parte de la

doctrina afirma que una de las finalidades más importantes es regular las relaciones de los accionistas dentro de la sociedad ya que señalan que las “convenciones parasociales están dentro de los contratos plurilaterales de organización” (Anaya, s/f, p3).

Las dos opiniones sobre la finalidad del pacto parasocial crea un debate, por un lado se trata de conseguir el control de la compañía y, por el otro únicamente se busca la organización interna entre socios; sin embargo, antes de señalar cual es el fin, se debe tomar en consideración el contenido del acuerdo parasocial; por ejemplo, la sindicalización del voto es el acuerdo parasocietario más exacto que busca el control de la toma de decisiones de la sociedad y por ende el control de la compañía, por lo que se podría decir que los pactos de organización si tienen como finalidad alcanzar el control de la sociedad, en cambio, los pactos de relación así como los de atribución, buscan la organización interna, es así que el pacto de financiación acuerda sobre las formas alternativas de financiar a la compañía en determina situación, como en caso de pérdidas.

## **1.5 Elementos**

### **1.5.1 Elemento objetivo**

Cuando se hace referencia al elemento objetivo puede haber una confusión con el objeto, ya que son distintos, el objeto de la obligación y el objeto del contrato. El primero es “el tipo de negocio jurídico que las partes escogen como reguladora de su negocio jurídico”; en cambio el segundo es el contenido de la obligación, es decir, la prestación, a lo que se obligan las partes contractuales (Tamayo, 1990, p. 202).

Para el estudio del presente trabajo se analizará el elemento objetivo, entendido desde el punto de vista obligacional, por lo tanto la parte objetiva de los pactos parasociales es la prestación determinada en el acuerdo, dentro de esta los accionistas de comprometen dar, hacer o no hacer.

Bonmati (s/f) menciona que por los elementos objetivos de los pactos parasociales estos se pueden dividir en pactos de relación y de organización. (p. 17). Sin embargo, no son los únicos, también existen los pactos de atribución los mismos que se celebran en beneficio de la sociedad. Los pactos parasociales no tienen limitaciones en cuanto a su contenido ni materia; sin embargo, dentro de lo más común a tratar está: a) regular la administración de la sociedad; b) la venta de acciones; c) acuerdos de actuación conjunta; d) acuerdos de no competencia (Vásquez, 2018).

Para identificar el elemento objetivo, el contenido de la prestación, es esencial tomar en cuenta el tipo de pacto parasocial que es, ya que los acuerdos parasociales de relación se busca reglamentar las relaciones entre socios, como la venta de acciones; en los pactos de organización, como su nombre lo indica busca la organización de los accionistas en los órganos de administración de la sociedad y, los pactos de atribución celebrados con el fin de beneficiar a la sociedad en ciertos aspectos.

Para mejor comprensión, se afirma que las prestaciones del contrato, es decir, el elemento objetivo, pueden ser varias, por ejemplo, los accionistas acuerdan la venta conjunta de acciones con determinadas condiciones, o cuando los socios se comprometen a votar de cierta forma en la Asamblea General, también se puede visualizar cuando las partes pactan sobre la forma de gobierno de la sociedad. Es así que se puede concluir que el elemento objetivo de los pactos parasociales depende del tipo de contrato, su finalidad, lo que se traduce en la prestación a la que se obligan las partes contratantes.

### **1.5.2 Elementos subjetivos**

Como se analizó la naturaleza de los pactos parasociales es de materia contractual por lo que se empezará estudiándolos desde una perspectiva del Derecho Civil y, por medio del cual, se realizan negocios y obligaciones jurídicas, dentro del Derecho Civil el principio de la autonomía de la voluntad, es supremamente transcendental, a la vez

constituye uno de los elementos de validez más importantes dentro de los contratos privados.

A pesar que los pactos parasociales son acuerdos contractuales entre privados, no se debe olvidar que su base de aplicación es societaria, por lo cual, al momento de crear un pacto parasocial se debe tomar en cuenta el *affectio societatis*, que es básicamente lo que une a los socios para realizar un pacto extrasocietario, por tanto es pertinente estudiarlo de manera detenida.

Cevallos (2005) menciona que:

[...] la doctrina de la autonomía de la voluntad en su postulado esencial pone en claro que la voluntad de los individuos es libre para crear derechos u obligaciones acorde con sus conveniencia, pues la voluntad tiene autonomía para ello y muy especial en materia contractual. (p.23)

En el artículo 1453 del Código Civil ecuatoriano (2005) se establece que las obligaciones nacen de las voluntades de dos o más personas manifestados en los contratos o convenciones.

Tamayo (1990) menciona que:

el consentimiento es un elemento de formación del contrato, una de las condiciones para la eficacia de este. Siendo el contrato “acuerdo de voluntades”, se requiere que la voluntad de cada contratante se manifieste para que se produzca el intercambio de voluntad. (p.123)

Es importante definir el consentimiento como “la voluntad de la persona que se obliga”, de una forma más técnica podemos decir que constituye “la intención de los contantes, su acuerdo de voluntades” (Tamayo 1990, p. 126).

De la misma forma comenta Castro (2011) en el sistema de derecho privado lo que genera obligaciones es el consentimiento de las partes, quienes se ponen de acuerdo sobre el contenido de su convenio, siendo así la determinación de prestaciones, incluso la manera en que se satisfarán sus intereses (p. 330).

El mismo jurista Tamayo (1990) hace una distinción bastante interesante, al mencionar que el consentimiento tiene dos modalidades una interna y otra externa, la segunda siendo la manifestación exterior del consentimiento interno. Además, no es suficiente con exteriorizarla sino que también debe ser conocida por las demás partes contractuales, es importante hacer énfasis en que únicamente el consentimiento externo tiene eficacia jurídica (p. 128).

Aunque el Estado tiene la potestad de legislar y regular la conducta de las personas, en el ámbito de derecho privado, el límite de los actos y negocios jurídicos a realizarse es lo que la ley prohíbe, por lo que el Estado deja que las personas regulen sus relaciones, ya que el contrato legalmente celebrado constituye ley para las partes, así lo señala el Código Civil Ecuatoriano (2005) en el artículo 1561.

El principio de la autonomía de la voluntad es importante para el análisis de este trabajo ya que en base a este principio las partes contractuales pueden pactar dentro del contenido del pacto parasociales lo que ellas deseen, ya sean en beneficio directo de los socios o de la sociedad, siempre teniendo en cuenta que dentro del ámbito privado se puede hacer todo lo que la ley no prohíbe.

A pesar que el contrato tiene carácter de ley, es relativo ya que únicamente las partes contractuales tienen la posibilidad de crear normas jurídicas vinculantes mediante la suscripción del contrato, siendo un campo restringido porque su carácter obligacional solo corresponde a las partes intervinientes del contrato (Castro, 2011, p. 352).

Otro principio importante para tener en cuenta en la celebración de actos y negocios jurídicos es la libertad contractual, Cevallos (2005) lo explica como “la libertad para introducir el contenido de las cláusulas contractuales y la forma que debe adoptar el acto o negocio contractual” (p.29), además menciona que debe estar de acuerdo a las buenas costumbre, la moral y el orden público.

La libertad contractual implica la elección de las personas en desear obligarse contractualmente, es esencial recalcar que cuando se suscribe un contrato se está imponiendo una autoresponsabilidad, ya que tiene que cumplir con la prestación con la que se obligó dentro del contrato, caso contrario su cumplimiento podría ser por mandato judicial (Castro, 2011, p. 333).

Si bien es cierto que los pactos parasociales son de naturaleza contractual privada, en la que es primordial la autonomía de la voluntad, los acuerdos parasociales tienen un matiz societario; además, cabe recalcar que dentro de las partes contractuales, al menos uno, debe ostentar la calidad de socio, por lo cual, dentro del ámbito societario existe un vínculo entre accionistas denominado “*affectio societatis*”, lo que lleva a un grupo de personas a asociarse para formar un compañía.

Existen varios enfoques en relación al *affectio societatis*: a) Subjetivo se refiere al ánimo y voluntad de asociarse, unir esfuerzos en busca de alcanzar un fin en común; b) Objetivo es aquel que resalta la igualdad y equivalencia de los socios, con base a sus derechos y obligaciones y finalmente, c) en situación intermedia, en el cual los socios deciden unirse en un mismo fin, así como la aceptación y compartimiento de riesgos y beneficios (Gagliardo, 2005, p.97).

Brunetti (2002) menciona que al momento de crear una sociedad, quienes tendrán la calidad de socio no solo fusionan las voluntades, sino que existe unión de fuerzas económicas y de trabajo, señala que “la *affectio societatis* es la exteriorización de la voluntad de colaboración interesada” (pp. 8,9).

Una parte de la doctrina sostiene que el *affectio societatis* es un elemento que se agota en la celebración del contrato social. Otros doctrinarios afirman que es un elemento que permanece presente a lo largo de la vida de la sociedad, ya que se traduce en la expresión de la voluntad de colaboración existente entre socios, por cuanto indican que,

el *affectio societatis* no es solo el consentimiento para formar parte una sociedad, sino que también es un elemento que exterioriza la voluntad o el *animus* del trato igualitario. (Cabanellas, 1997, pp778 y 779).

Dentro de la doctrina, el jurista Halperín (1982) define al *affectio societatis* como “ la voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada”, el mismo autor hace un análisis sobre sus elementos: a) “ colaboración activa” no constituye solo aportes económicos, sino también la cooperación en la administración y gobierno de la sociedad, lo que supone que el socio no solo vea por el interés de la sociedad, sino que, en caso de ser necesario sacrifique sus propios intereses por el bien común; b) jurídicamente igualitaria, los socios deben estar en una misma jerarquía, sin subordinaciones y, c) interesada, con el objetivo de conseguir beneficios, es decir, utilidades o ganancias que se distribuirán entre los socios.

El *affectio societatis* constituye un vínculo cooperativo existente entre los accionistas que les motiva de forma absoluta o relativa a suscribir los pactos parasociales, ya que existe voluntad de celebrar el pacto parasocial, mediante el cual buscaran los mismos beneficios, ya sea económicos o de aspectos administrativos que tienen que ver con la sociedad.

Los accionistas tienen dos motivos importantes para celebrar los pactos parasociales que son: a) porque este tipo de contratos se pueden crear, modificar y extinguir con facilidad; y, b) porque son acuerdos que están fuera de la regulación societaria (Vásquez, 2018).

El *affectio societatis* que motivo a los socios a unirse, compartir posibles riesgos y beneficios para formar una compañía, puede extenderse y motivarles a suscribir acuerdos parasociales en beneficio no solo de los accionistas sino también de la sociedad.

### 1.5.3 Partes contractuales

Los pactos parasociales son plurilaterales, ya que pueden participar más de dos partes, lo que genera la posibilidad de que el fin del acuerdo parasocial sea un objetivo común (Anay, sf p.5).

La finalidad de los pactos parasociales es regular la relación jurídico-societaria de los socios, por lo cual, por definición, siempre será suscrito por los accionistas, aunque en algunas ocasiones, la sociedad o un tercero puede formar parte de estos acuerdos extraestatutarios. A pesar de eso, invariablemente, al menos uno, debe tener la calidad de socio (Pérez, 2011, p.4). Para entenderlo de mejor manera a continuación explicaremos las formas y momentos en los que se puede adquirir ese estatus.

En el Ecuador, en la Ley de Compañías (1999) en su artículo 200 establece que en las compañías anónimas se considera socios a quienes están inscritos como tal en el libro de acciones y accionistas.

Ramírez (2012) menciona que los socios son:

[...] todos las que han comparecido al otorgamiento de la escritura pública de constitución personalmente o representadas, y a las que han sido admitidas posteriormente, ya sea por cesión o venta de aportaciones o en un aumento de capital. (p. 74)

Brunetti (2002) define a la calidad de socio como “el conjunto de deberes y derechos, de funciones y facultades correspondientes al socio en la sociedad o respecto de la sociedad” (p. 121). La calidad de socio es una situación o estado, el cual está regido por la constitución, así como la estructura administrativa y la actividad económica de la compañía (Dávalos, 2008, p. 129). Los derechos y obligaciones que se adquieren con la calidad de socio, son recíprocos, es decir, que no solamente es del socio hacia la compañía sino también de forma inversa, de la compañía con el socio.

Se puede conseguir la calidad de socio en dos formas, la primera en el acto constitutivo de la compañía y la segunda por medio de adquisición de acciones de una sociedad legalmente constituida.

Cuando varias personas se unen con el fin de participar en el acto constitutivo de una compañía, una vez creada la sociedad se envisten con el carácter de accionistas de la sociedad, dentro de la doctrina se menciona que este tipo de adquisición de acciones es el acto que, por excelencia, dota de la calidad de socio a una persona. (Cabanellas, 1997, p 17).

Halperín (1982) afirma que “los derechos y obligaciones (de los socios) nacen con la constitución de la sociedad” (p. 354); sin embargo, no es el único momento en el cual se puede adquirir la calidad de socio, ya que también cabe la posibilidad de hacerlo en un momento posterior al acto constitutivo.

En las sociedades de capitales, como la compañía anónima, las acciones constituyen una forma de inversión lo cual, una vez constituida la sociedad, sus participaciones son susceptibles de ser transmitidos y transferidos, en función de la circulación de títulos valor, en este caso, la acción. (Brunetti, 2002, p 124)

Cabanellas (1997) define a las acciones como una “fragmentación cualitativa de los derechos, obligaciones y responsabilidades que componen el estado de socio” (p 20), por lo cual la adquisición de acciones corresponde a la adquisición de la calidad de socio, la misma que se puede dar por en varias modalidades.

Se puede obtener acciones por medio de un aumento de capital, en este caso el nuevo accionista, no formo parte del acto constitutivo de la sociedad, ni lo adquirió de otro accionista; en segundo lugar, mediante la adquisición de las participaciones de un socio anterior, la misma puede ser a título oneroso, gratuito, o por sucesión por causa de muerte (Cabanellas, 1997, pp. 21 y 23).

Es importante aclarar que, como ya se mencionó, se puede adquirir la calidad de socio después de la constitución de la sociedad, en distintas modalidades; en caso de existir un pacto parasocial donde un socio vende sus acciones posteriormente a su celebración, en principio ese pacto parasocial preexiste y no vincula al nuevo socio, pues una de las características de los pactos parasociales es que son *intuitu personae*, es decir, solo vincula a quienes lo celebraron.

Sin embargo, existe una excepción, en caso que el socio entrante tenga conocimiento de que existe el pacto parasocial y voluntariamente desee verse vinculado, el acuerdo parasocial trae consigo efectos para el socio entrante.

Es trascendental mencionar que la transferencia de la condición de socio acarrea efectos, entre los más importantes es que se transfieren los derechos, obligaciones y facultades que tienen los socios.

Los socios tienen varios derechos respecto a la sociedad, sin embargo no todos tienen el mismo fin, existen unos con intereses comunes a la sociedad y otros que persigue un interés individual, dividiéndose los últimos en patrimoniales y administrativos (Brunetti, 2002, p. 122).

Dentro de los derechos administrativos están: el derecho a intervenir en las juntas generales y su derecho al voto, los mismos que estarán regulados en los estatutos sociales de cada compañía (Salgado, 2015, pp. 67 y 68).

La Ley de Compañías (1999) establece que los derechos de los accionistas son: la calidad de socio, la participación en la distribución de beneficios sociales, así como del acervo social en caso de liquidación, la intervención en juntas generales y de ser posible ejercer el voto, ser parte de los órganos de administración o fiscalización de la sociedad, suscribir acciones preferentes, impugnar tanto las resoluciones de la junta general así como otros órganos y, negociar sus acciones (art. 207).

Uno de los derechos de los socios más importantes es el derecho de administrar aunque hay posturas que sostienen que no solo es un derecho sino también es una obligación, se lo define como “una facultad de actuar creando actos jurídicos con efectos directos sobre el patrimonio de la sociedad” (Brunetti, 2002, p. 150).

Si bien es cierto, los pactos parasociales buscan regular las relaciones internas entre los socios de una compañía, también existe la posibilidad de que las partes suscriptoras no sean únicamente socios sino que pueden ser terceros, los administradores y la sociedad misma.

Los pactos parasociales con terceros, son aquellos que se los hace con personas que no tienen ninguna relación societaria con la sociedad sobre el acuerdo, en muchos casos la mayoría se enfocan el garantizar temas de inversión y financiamiento (Pérez, 2011, p.5).

También cabe la posibilidad de celebrar pactos parasociales con la sociedad como parte contratante, ya que existen acuerdos parasociales que involucran temas relacionados con la compañía; sin embargo, con base al principio de relatividad de los contratos, estos no son vinculante hacia terceros, sino solo para las partes que lo suscribieron, por lo cual, en ese caso, la sociedad no sería una parte vinculante, por lo que, se recomienda que la suscripción de pactos parasociales sea con la sociedad ( Pérez, 2011, p. 11).

Es posible que las partes suscriptoras de los pactos parasociales sean no solo accionistas, sino también la sociedad; sin embargo, no termina ahí, asimismo los administradores poden celebrar los acuerdos parasociales.

La relación entre los administradores y la voluntad de los accionistas puede verse positivizado en los pactos parasociales con administradores de la compañía, pudiendo participar todos o algunos de ellos (Pérez, 2011, p. 14).

## CAPITULO II

### PACTOS PARASOCIALES EN PARTICULAR

Existen distintas clases de pactos parasociales, con peculiares características que benefician a la evolución del mercado, a pesar de ser utilizados concurridamente, no cuentan con mecanismos propios de exigibilidad en el ámbito societario, lo que puede afectar a su eficacia.

Es por esta razón que es imperativo estudiar en este capítulo sobre los distintos pactos parasociales, de forma más general, se establece que existen tres tipos de pactos parasociales, en primer lugar aquellos que regulan las relaciones entre los socios (pactos de relación), sin intervención de la sociedad, en segundo lugar están los pactos que se celebran con el fin de beneficiar a la sociedad (pactos de atribución), finalmente en tercer lugar tenemos los que se suscriben con el objetivo de organizar a la sociedad (pactos de organización) (Pérez, Bustamente y Ponce, 2015).

A pesar de ser contratos atípicos o innominados, los pactos más comunes son: a) los pactos de relación como los pactos Drag y Tag Along, sindicato de bloqueo y derecho de adquisición preferente, b) pactos de organización como los de la junta general y administración de la sociedad, c) pactos de atribución como los pactos de no competencia y de financiación. Asimismo es esencial definir formas societarias de exigibilidad aplicadas a cada pacto parasocial.

#### 2.1 Pactos de relación

Los pactos parasociales de relación son aquellos que regulan las relaciones directas de los socios, los mismos que pueden estar asociados con derechos y obligaciones de los accionistas (Finutive, 2018).

Para el jurista Paz – Ares (2003) los pactos de relación se distinguen por ser pactos donde únicamente se regula las relaciones de los socios, sin ningún tipo de intervención por parte de la sociedad. El objeto esencial de estos acuerdos entre accionistas es normativizar sobre ciertos derechos y obligaciones que adquieren los socios, los mismos pueden beneficiar a todos o, a parte de ellos (p. 20).

Los pactos extraestatutarios de relación son los más sencillos por su contenido ya que únicamente regulan las relaciones entre socios. Olmos (2017) indica que una de las vías societarias para el cumplimiento de los acuerdos parasociales de relación es la implementación de un clausula en los estatutos sociales, en la que se establezca el obligatorio cumplimiento de los pactos parasociales (p.27).

Sobre lo acotado por Olmos es importante aclarar que si procede la incorporación en los estatutos de la cláusula de cumplimiento obligatorio de los pactos parasociales, no les quita su autonomía a los estatutos sociales pues, su contenido no es regulado por los estatutos sino únicamente, el cumplimiento.

De forma general podemos hablar que los pactos de relación, regulan las relaciones entre socios; sin embargo, podemos identificar pactos mucho más específicos, entre estos aquellos donde se negocian con la venta de acciones llamados también drag o tag along, así mismo hay pactos sobre el derecho de adquisición preferente, sindicato de bloqueo, transmisión de acciones, drag y tag along.

### **2.1.1 Drag Along y Tag Along**

En las compañías capitalistas el capital se divide en acciones que pueden ser libremente transferidas y negociadas, es decir, se pueden transferir sin necesidad de la autorización de los demás socios (Ramírez, 2012, p.15).

El jurista chileno Julio Olavaria (1990) (citado por Cevallos, 2013) menciona que la particularidad de las acciones es que son transferibles, por lo cual en legislaciones como la chilena constituye un principio que no puede ser restringido (p.442).

En el artículo 188 de la Ley de Compañías, se establece que la transferencia de acciones se debe hacer mediante nota de cesión, firmada por la persona que transfiere las acciones (Ley de Compañías, 1999).

Según la misma ley, la transferencia de propiedad de las acciones se puede dar en tres casos: a) por adjudicación de acciones por participación judicial o venta forzosa; b) por sucesión por causa de muerte; y, c) por venta de acciones.

El artículo 190 de la Ley de Compañías indica que en caso del literal a), el juez firmará las notas y avisos respectivos, mientras que en el literal b), las notas y traspasos deberán ser firmados por las partes intervinientes, además, se debe presentar a la compañía copia auténtica del instrumento en que consten la partición y la adjudicación (Ley de Compañías, 1999).

Así mismo, la Ley de Compañías posibilita acordar entre accionistas las condiciones de negociación de las acciones, siempre que estas no afecten a los socios minoritarios, los pactos parasociales que versan sobre condiciones de venta de acciones son Drag Along o de arrastre y Tag Along o de acompañamiento.

#### **2.1.1.1 Drag Along o derecho de arrastre**

##### **a) Definición**

Drag Along es un acuerdo parasocial que hace exigible a los socios minoritarios la venta de sus acciones cuando los posibles compradores de las acciones deseen adquirir la totalidad del paquete accionario. En casi todas las negociaciones sobre la venta de acciones mayoritarias, el comprador manifiesta que la condición para la compra es la

adquisición, no solo de la mayoría de acciones, sino de la totalidad de ellas (Pérez, Bustamente y Ponce, 2015).

El drag-along faculta a los accionistas mayoritarios que desean vender sus acciones a negociar no solo sobre sus acciones sino también de los accionistas minoritarios, la venta para ambos debe realizarse bajo las mismas condiciones, por lo que los accionistas mayoritarios fuerzan la salida de los accionistas minoritarios (González y Tomasello, s.f, p.16).

Hundskopf (2018) menciona que los pactos Drag-along

se celebran en beneficio de los accionistas mayoritarios permitiendo la venta de sus acciones a terceros que no tendrían interés en invertir en una sociedad que cuenta con un grupo minoritario significativo, debiéndose realizar la venta de las acciones en los mismos términos y condiciones. (p. 176)

En el pacto Drag Along un socio se compromete a vender sus acciones de manera conjunta con otro socio, lo que ayuda al momento de negociar acciones. El Drag Along o de arrastre tiene una función similar a la venta forzosa ya que, en caso que el socio mayoritario venda sus acciones, le obliga a vender las acciones minoritarias, con el objetivo de realizar la venta total de la sociedad (LEXUNION, 2017, p.2).

#### **b) Utilización**

Saez y Bermejo (2007) mencionan que el Drag Along se utiliza para que con la venta de acciones que hace el socio mayoritario, el socio minoritario no se beneficie de su salida, es decir, que el socio minoritario puede favorecerse de las nuevas prácticas del socio entrante, por lo que el valor de la empresa subiría y por ende el valor de sus acciones (citado por Durillo, 2018, pp. 13-14).

El socio negociador al lograr de forma indirecta la venta de acciones de los demás socios, con el fin de que el promitente comprador obtenga el cien por ciento de las acciones de la compañía y así tener el control absoluto de la sociedad, puede obtener una prima como retribución por su gestión (Reggiardo, s.f p.185).

También se puede utilizar como un estrategia de venta para los potenciales compradores, que desean adquirir todo el paquete accionario de la compañía, en una sola venta, evitando una nueva negociación de acciones (Hundskopf, 2018, p. 176).

#### **c) Call**

Call o también llamado opción de venta, es una cláusula en la cual se establece que el accionista incumplidor deberá vender sus acciones a las demás partes contratantes del pacto parasocial (Giménez –Salinas, 2019, p. 5).

Una forma de resarcir en caso de incumplimiento es que el socio que incumpla tendrá que vender sus acciones al socio beneficiario del pacto. Además, se podría estipular que el valor de las acciones será menor al acordado para la compra de las acciones por un tercero (Haneó, 2017, p. 28).

#### **d) Estructura y ejemplificación**

Los pactos de drag-along se constituyen por tres partes: a) la cláusula de drag-along; b) opción de compra en caso de incumplimiento; y, c) una penalidad (Sáez y Bermejo, 2007, p. 13).

Primer parte:

En caso de que el accionista A negocie sus acciones y el promitente comprador desee comprar el 100% del paquete accionario de la compañía X, el accionista B se compromete a vender sus acciones al promitente comprador, la venta de las acciones de ambas partes deben realizarse en las mismas condiciones.

Segunda parte:

Si B no vende sus acciones al promitente comprador, se obliga a vender sus acciones a la parte A, en un 15% menos al precio acordado, en la negociación de acciones (Sáez y Bermejo, 2007, p.13).

Tercera parte:

En caso de incumplimiento del accionista B, tendrá que pagar al accionista A el 15% del monto del valor de sus acciones, que iban a venderse.

### **2.1.1.2 Tag Along o derecho de acompañamiento**

#### **a) Definición**

El tag-along constituye un derecho de los socios minoritarios, mediante el cual pueden adherirse a la venta de acciones de socios mayoritarios, en las mismas condiciones y al mismo comprador (González y Tomasello, s.f, p.16).

Los pactos tag along right

constituyen mecanismos que protegen a los accionistas minoritarios de una sociedad anónima, permitiendo que se adhieran a la venta de las acciones del accionista o del grupo mayoritario, beneficiándose de un previo y condiciones que posiblemente no obtendrían en una operación separada. (Hundskopf, 2018, p.174)

El acuerdo Tag Along o de acompañamiento confiere un derecho al socio minoritario para que en caso de venta accionaria, este pueda adherirse a la venta, bajo las mismas condiciones para la transacción (LEXUNION, 2017, p.2).

Por otro lado, Tag along es un pacto parasocial que protege los intereses de los socios minoritarios, concediéndoles el derecho de vender sus acciones de forma conjunta con socio mayoritario que desee vender sus acciones, con las mismas condiciones de venta, el ejercicio de este derecho es potestativo para el socio minoritario (Pérez, Bustamante y Ponce, 2015).

Dentro del pacto Tag Along el socio en caso que venda sus acciones de las que es titular, debe avisar al otro socio sobre la posible venta, además se compromete a negociar la venta conjunta de las acciones (Henaó, 2013, p.27).

**b) Utilidad**

El Tag- Along se utiliza para proteger al accionista minoritario, en caso de que el accionista mayoritario desee vender sus acciones y estas lleven al comprador a obtener el control de la empresa por su mayoría accionaria, mediante un cláusula se puede obligar al accionista mayoritario que en la negociación se venda no solo sus acciones sino el cien por ciento de las acciones, si así lo desea los socios minoritarios (Durillo, 2018, p.13).

Como señala Durillo, por lo general el Tag-Along es utilizado por un inversor que esté interesado en conseguir la totalidad del pague accionario; sin embargo, puede existir la posibilidad que solo desee una parte de las acciones, para este caso DELOITTE (2013) propone una solución en caso que el comprador no quiera comprar todas las acciones, se debe calcular una proporcionalidad de las acciones de todos los socios, las mismas que serán vendidas (citado por Durillo, 2018, p.13). Es decir, si existe un pacto de Tag-Along, con el fin de vender todas las acciones de la compañía, pero el inversor únicamente quiere comprar una parte, los socios vendedores, según la cantidad que requiera el promitente comprador, deberán vender únicamente la proporcionalidad de sus acciones, que en conjunto será el número de acciones que desee el comprador.

También puede ser utilizado por los socios minoritarios para desvincularse de la sociedad, en caso de no estar de acuerdo con la nueva estructura accionaria ni con el socio que obtendrá el control de la compañía (Hundskopf, 2018, p.175).

**c) Put**

Put o también llamada opción de compra, es aquella cláusula que obliga al socio, que incumplió el contrato, a vender sus acciones a las demás partes contractuales del pacto (Giménez- Salinas, 2019, p. 5).

Heno (2013) menciona una manera de subsanar en caso de incumplimiento del pacto, se podría incluir una cláusula en el contrato, en la cual se establezca que el socio,

que incumplió, debe comprar las acciones de los accionistas que es titular, así mismo, como penalización se puede pactar que el valor por el que se venderán las acciones será mayor al que se acordó para su negociación con terceros (p.27).

#### **d) Estructura y ejemplificación**

La estructura del Tag-Along se compone por tres partes: a) una cláusula tag-along, la cual determina el derecho de adhesión de los socios minoritarios; b) una opción de venta en caso de que no cumpla con lo pacto; y, c) una penalidad por incumplimiento (Sáez y Bermejo, 2007, p.10).

Primera parte:

Si el accionista A, titular del 75% de las acciones de la Compañía X, desea vender sus acciones y negocia con un promitente comprador, el accionista B, titular del 25% de las acciones de la misma compañía, tendrá derecho a adherirse a la venta, bajo las mismas condiciones y con el mismo promitente comprador.

Segunda parte:

Si el accionista A vendió sus acciones al comprador sin tomar en cuenta al accionista B, A quedará obligado a comprar las acciones de B (Paz-Ares 2003, citado por Sáez y Bermejo, 2007, p. 10).

Tercera parte:

En caso de incumplimiento del accionista A, este deberá pagar al accionista B, el 15% del valor que recibió por la venta de sus acciones.

#### **2.1.2 Sindicato de bloqueo o lock up**

La libre transmisibilidad de la acción es un principio esencial de las sociedades anónimas, lo que hace que este tipo de compañías tengan un lugar importante dentro de la economía capitalista moderna (Broseta, 1963, p. 13).

Egas (2006) menciona que:

El derecho que tiene el accionista a negociar libremente sus acciones se concreta en que nadie puede impedir que el accionista de una compañía ceda sus acciones a un tercero y por tal vía deje de pertenecer o formar parte de la misma. El ejercicio de este derecho en nada debe de afectar a la compañía ni a los accionistas de la misma ni a los terceros; pues, tratándose de una compañía capital, éste queda objetivamente inalterable por la salida de un accionista y la entrada de otro. (p. 126)

Broseta (1963) afirma que “el derecho a transmitir la acción es un derecho inderogable que forma parte de las características esenciales de la sociedad anónima, el cual se concreta en la facultad de disponer libremente de ellas” (p. 15).

El principio de libre transmisibilidad de las acciones, se fundamenta en que las acciones son títulos valores, así lo establece el artículo 168 de la Ley de Compañías, ya que dota a las acciones la calidad de títulos nominativos.

La acción es un título valor en el cual se representan derechos derivativos de la propiedad de la acción, y que le atribuye un carácter de circulatorio al documento, transfiriendo la titularidad de la acción (Dávalos, 2008, p.157).

Por lo que las acciones, al ser títulos valores, adquieren la calidad de instrumentos negociables al igual que títulos circulatorios ya que según Peña (2016) “son documentos creados para circular de un lugar a otro, tanto física como jurídicamente” (p. 9).

Una de las características de los títulos valores es la negociabilidad, la intención legislativa es que los títulos valores estén hechos para circular, por lo que, tienen que tener una negociación previa, únicamente por excepción prevista en la ley se puede restringir su circulación (Becerra, 2010, p. 60).

Marín (2009) señala que las acciones son “documentos negociables que representan una parte del capital social de una compañía y que confiere al accionista el derecho de participar en los resultados de la sociedad” (p.65)

Además de ser títulos valor caracterizados por ser negociables son títulos nominativos, al respecto Peña (2016) afirma que las acciones:

son títulos nominativos aquellos que se giran a la orden de determinada persona y, que además deben inscribirse en el libro de registro que para el efecto lleva el emisor de dichos títulos... las características más relevantes de estos documentos, hacen alusión a los requisitos necesarios para su transferencia, cuales son inscripción en el libro de registro del creador, endoso y entrega. (p.67)

En concordancia a lo mencionado por Peña, la Ley de Compañías establece que la compañía tiene que llevar un libro talonario, que al igual que en el Libro de Acciones y Accionistas, se debe registrar de los títulos y certificados de las acciones y, a su vez, las sucesivas transferencias de acciones.

En la Ley de Compañía establece que hay dos tipos de acciones, ordinarias o preferidas, lo cual debe estar referido en el estatuto. Las acciones ordinarias atribuyen todos los derechos fundamentales de los accionistas reconocidos por ley, en cambio, las acciones preferidas no confieren el derecho a voto a los accionistas sino, únicamente, el derecho en cuanto a los dividendos y en la liquidación de la compañía (Ley de Compañías, 1999).

A pesar de que el principio de la libre transmisibilidad de la acción, no es absoluto, existen restricciones para su ejercicio. La restricción a la transmisión de acciones radica en disposiciones, legales, estatutarias o convencionales en las cuales se establece la prohibición total o parcial, siendo esta última como la implementación de condiciones sobre la venta de acciones (Gagliardo, 2005, p. 316).

Respecto a la libre transmisibilidad de acciones, la Ley de Compañías (1999) en los artículos 189 y 191, señala que es prohibido que se establezcan requisitos o formalidades para la transferencia de acciones que no estuvieran en la ley, así como menciona que la libre negociaciones de acciones no puede ser limitada; además, la doctrina societaria 65, emitida por la Superintendencia de Compañías, menciona que en el contrato social no se puede limitar al derecho a la libre negociaciones de acciones; sin embargo, también señala que el o los accionistas pueden renunciar a este derecho en un

pacto por separado, es decir, un pacto parasocial (Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2015, pp. 61-62).

Sin embargo, el artículo 191 de la Ley de Compañías se reformó por la Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera agregando lo siguiente:

Serán válidos los pactos entre accionistas que establezcan condiciones para la negociación de acciones. Sin embargo, tales pactos no serán oponibles a terceros, sin perjuicio de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, y en ningún caso podrán perjudicar los derechos de los accionistas minoritarios. (Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera, 2017, art.6)

El Sindicato de Bloqueo es un tipo de restricción convencional a la transmisibilidad de la acción, fija una obligación por determinado tiempo, dentro del cual, el o los socios, no pueden transmitir las acciones de las cuales son propietarios o, a su vez, se establecen requisitos o limitaciones para la transferencia de acciones; por ejemplo, la autorización del sindicato para la transferencia (Amorin, s/f, p. 158).

Muñoz (2008) (citado por Robleto 2013) afirma que los sindicatos de bloqueo más eficaces son aquellos que establecen una obligación, antes que la restricción total del traspaso de acciones y, más aún, aquellos que obligan al socio que quiere desprenderse de sus acciones, a la venta del resto de socios sindicados.

Una de las condiciones puede ser la autorización por parte de la Asamblea General o Directorio, en la cual el accionista que desea transferir sus acciones debe comunicar a los órganos de la sociedad sobre la posible transferencia, para que esta se pronuncie al respecto, admitiendo o rechazando tal acción y, en caso de que la respuesta sea negativa, debe ser debidamente motivada (Gagliardo, 2005, p. 322).

Broseta (1963) afirma que

Es bastante frecuente que ciertos accionistas fuera de los estatutos sociales se obliguen recíprocamente a no transmitir sus acciones, completando esta obligación negativa con una prescripción en virtud de la cual cuando cualquiera de ellos desee enajenar parte o la totalidad de sus acciones, debe

comunicarlo a los demás, con el fin de que puedan adquirirlas preferentemente. (p.50)

Pedrol (1969) (Citado por Caamaño s.f.) afirma que con el acuerdo de sindicato de bloqueo establece una obligación de no desprenderse de las acciones de los socios sindicados o a ceder pero, únicamente, a los socios que forman parte del sindicato. Esta obligación que menciona Pedrol permite revestir de estabilidad a quiénes son socios, así como controlar quienes entran y salen de la compañía para que de tal manera, la sociedad se beneficie de ello.

Lo interesante del pacto parasocial de bloqueo es que puede haber conexiones con otros tipos de acuerdos parasociales en dos situaciones puntuales, la primera es al establecer ciertas obligaciones que constituyen la esencia de otros acuerdos extraestatutarios; por ejemplo, pactar una obligación para alzar la condición de bloqueo de las acciones, el socio que desee transferir las acciones debe hacerlo bajo los términos de cláusulas de venta de acciones ya sea de arrastre o de acompañamiento; la segunda es convertir al pacto parasocial de bloqueo en un clausula accesoria de otros acuerdos parasociales, es decir, constituir al sindicato de bloqueo en una garantía de exigibilidad de cumplimiento de los pactos parasociales sea de relación, organización o atribución.

Los sindicatos de bloqueo pueden ser de dos clases, el primero es el que se prohíbe la transmisión de acciones hasta cumplir con una prestación principal y, el segundo es aquel que necesita una autorización de la Junta General. Para mejor entendimiento a continuación se plantearan ejemplos.

#### Primer caso

Los socios de la compañía XX se comprometen a no transmitir sus acciones hasta que cumplan con la obligación establecida en la cláusula primera del presente contrato referente al convenio sobre el voto en las Asambleas Generales.

## Segundo caso

Los socios de la compañía XX que deseen transmitir sus acciones a una tercera persona tienen la obligación de notificar, 15 días antes de empezar la negociación de acciones, a la Junta General de accionistas con el fin de obtener su autorización, sin el permiso de la Junta General no podrán transmitir sus acciones.

### **2.1.3 Derecho de suscripción preferente**

Salgado (2015) menciona que el derecho de suscripción preferente

Es aquel por el cual el socio o accionista puede o no ejercerlo suscribiendo o no acciones en un aumento de capital social que se realice por los medios señalados. Si ejerce totalmente su derecho entregando dinero o compensando créditos, no pierde su proporción frente al capital social. Puede también ejercer su derecho en forma parcial e inclusive, negociar su derecho (p. 414).

El derecho de preferencia protege a los accionistas minoritarios de potenciales futuros socios, sin afectar a la sociedad, ya que su capital incrementa, pero no el número de accionistas de la compañía, sino que los mismos socios son quienes adquieren nuevas acciones (Cabanellas, 1997, p.295).

Para ser ejercido se lo debe hacer en proporción a las acciones que tengan los socios, hayan sido pagadas totalmente o no. En el estatuto o la junta general de socios se establecerá si el aumento de capital tiene o no derecho de suscripción preferente (Ramírez, 2012, p. 208).

Cevallos (2013) afirma que:

Este derecho es de carácter abstracto inherente a la condición de accionista, el cual se hace efectivo en el instante en que se produce el aviso de oferta correspondiente, como resultado de una decisión de la junta general, con la única condición de que el accionista se encuentre al día en el pago de sus acciones. (p.493)

El art. 181 de la Ley de Compañías establece que el derecho de suscripción preferente surge con la decisión de la Junta General para realizar un aumento de capital,

los accionistas tienen la posibilidad de tomar acciones de forma proporcional a las que ya tiene.

El aumento de capital se puede dar de dos formas: la primera por elevación del valor de las acciones ya emitidas y, la segunda por la emisión de nuevas acciones, su pago de aportaciones podrá realizarse: a) en numerario, o en especie, b) por compensación de créditos, c) por capitalización de reservas o de utilidades; y, d) Por la reserva o superávit proveniente de la revalorización de activos (Ley de Compañías, 1999).

Es importante aclarar que para hacer efectivo el derecho de suscripción preferente únicamente se puede hacer en aumento de capital por compensación de créditos o numerario; en cambio, el aumento de capital por la capitalización de utilidades o superávit constituye el derecho de atribución, ya que las nuevas acciones son entregadas automáticamente a los accionistas (Salgado, 2015, pp. 413-414).

El derecho de suscripción preferente no podrá ser ejercido por aquellos accionistas que se encuentre en mora del pago de la suscripción anterior, (Ley de Compañías, 1999). Para poder ejercer el derecho preferente, el aumento de capital debe ser por emisión de nuevas acciones, se deja a la discrecionalidad de los accionistas, usar o no el derecho de suscripción preferente. Además, el derecho es susceptible a renuncia y pérdida. La renuncia puede ser tácita, cuando dentro de los 30 días subsiguientes a la publicación por la prensa de la decisión de la Junta General, no se ha mencionado sobre el ejercicio de su derecho preferente o, de forma expresa cuando el accionista manifiesta que desea abstenerse en la adquisición de acciones. La pérdida del derecho preferente se da en el caso que el accionista este en mora en el pago de cuotas de suscripciones anteriores (Dávila, 2008, p. 145).

El derecho preferente para la suscripción de acciones se encuentra establecido en un certificado de preferencia, el mismo que puede ser libremente negociado, en dicho

certificado debe constar: fecha del certificado, datos esenciales de la compañía como nombre y domicilio, el número del capital autorizado, así como el tipo de acciones, el número de acciones, el monto al que tendrá la suscripción preferente de acciones, el lugar y fecha en que se llevó a cabo la Junta General en donde se acordó el aumento del capital y, el valor que se va a aumentar, así también la fecha de vigencia del certificado (Salgado, 2015, pp.425-426).

El pacto parasocial sobre el derecho de adquisición preferente tiene una cláusula llamada “pay to pay” también denominada como acuerdo de aportación forzosa, consiste en que los socios deben suscribir en todas las emisiones de acciones que la sociedad realice, por lo que quedará obligado a cumplir con aportaciones de forma sucesiva, en caso de que el accionista incumpla con el pago quedará privado a ejercer el derecho preferente en futuras emisiones de acciones (Reyes 2005 citado por Moreno, 2020, p.204).

Mediante el ejercicio del derecho de preferencia se evita la entrada de accionistas nuevos y, por lo tanto, se afecte el poder de los anteriores accionistas dentro de los órganos de administración, específicamente dentro de la Junta General.

Sánchez (1973) menciona:

Es el derecho al voto el que manifiesta de modo más claro la degradación que sufre la participación social con la entrada de nuevos accionistas: su influencia se ve debilitada y su peso en orden a la adopción de acuerdos sociales decrece pues, basándose la forma de voluntad social en un estricto sistema de mayorías, la eficacia relativa del voto resulta aminorada al incrementarse el número de los que concurren a formarla. Esta degradación sólo puede evitarse si el socio consigue aumentar el número de votos propios en la misma proporción que aumenta el número total. (p.78)

Por esta razón, los accionistas suelen realizar un pacto parasocial, en el cual se comprometen hacer uso de su derecho de preferencia cuando la Junta General decide hacer un aumento de capital mediante emisión de nuevas acciones, caso contrario son los

accionistas quienes pierden la mayoría en la Junta General, lo que les puede perjudicar al momento de tomar decisiones.

Autores como Di Chiazza y Van Thienen (2006) definen al derecho de adquisición preferente como una herramienta que no solo restringe el ingreso de posibles accionistas nuevos no deseados, sino que ayuda a mantener el status quo accionario y el control de la compañía (p.4).

Por otro lado tenemos el derecho de adquisición preferente aplicado desde otra perspectiva mediante una cláusula llamada preemptive right o también conocida como pacto de exclusión individual, implica que los socios renuncien de forma voluntaria al derecho de preferencia, siempre que se cumplan ciertas condiciones establecidas en el acuerdo parasocial, los accionistas renuncian a su derecho de preferencia de forma anticipada y condicionada (Reyes, 2005 citada por Moreno, 2020, p.204).

Piñeros (2015) hace alusión a la cláusula de exclusión individual y menciona que las condiciones, por las cuales el o los socios deberán renunciar a su derecho de preferencia, deberán ser detalladas en el acuerdo, con el fin de beneficiar a la compañía, por ejemplo, cuando la sociedad necesite de inversionistas estratégicos que ayuden a la prosperidad de la sociedad (38).

Es importante tener en cuenta que en la legislación ecuatoriana, específicamente la Ley de Compañías establece al derecho preferente como un derecho fundamental del accionista, en concordancia, el artículo 221 de la misma ley menciona que los acuerdos o cláusulas que supriman derechos de los accionistas serán nulos, respecto a esto la doctrina societaria 77 señala que no se le puede privar al accionista del derecho preferente y todo convenio que trate de hacerlo será nulo; sin embargo, la doctrina societaria 104 afirma que el socio puede renunciar o limitar este derecho de forma voluntaria, única y

exclusivamente por su decisión ( Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2015, pp. 73 - 75 y 104).

Por lo anteriormente expuesto se puede concluir que la cláusula de pay to pay es válida según el ordenamiento jurídico ecuatoriano siempre que no contenga la parte en la cual en caso de incumplimiento el accionista quedará privado de ejercer el derecho preferente en las próximas emisiones de acciones, en cuanto a la cláusula preemptive right es válida, ya que es el accionista es quien renuncia a su derecho preferente de forma voluntaria.

## **2.2 Pactos de organización**

Existen pactos que se celebra para el beneficio de los accionistas o de la sociedad, pero también hay acuerdos entre socios que se realizan con el fin de organizar y hasta cierto punto controlar la sociedad, estos son los pactos parasociales de organización.

Los pactos de organización son los más complicados jurídicamente, ya que contienen la voluntad de los socios para regular la administración y toma de decisiones de la sociedad, lo que se traduce en el control de la sociedad (Paz-Ares, 2003, p. 2).

Para Pérez (2017) los pactos de organización tienen como objetivo regular el funcionamiento de la compañía, es decir influyen de forma directa en los aspectos internos de la sociedad, en base a la regulación de la toma de decisiones.

Varios autores sostienen que mediante los pactos de organización se puede obtener el control de sociedad, por ejemplo, mediante los sindicatos de voto, se puede lograr el control de la toma de decisiones en la Junta General y, por ende el control de la compañía.

La doctrina divide a los pactos parasociales de organización en dos grandes grupos: el primero es sobre la administración de la sociedad y, la segunda es sobre la junta general, dentro de la cual se encuentran los acuerdos extraestatutarios sobre el voto.

Los sindicatos de voto son aquellos en que los accionistas se obligan a votar de una forma o, en una determinada dirección, se lo puede hacer de dos formas: cada socio puede votar en la Junta General o, se designa un síndico quien se encarga de votar en nombre de todos los accionistas que formen parte del sindicato.

Sin embargo, los pactos de voto van contra el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que en la Ley de Compañías establece la prohibición a cualquier tipo de acto que restrinja la libertad de su derecho a votar, considerándolo nulo.

### **2.2.1 Pactos sobre la administración de la sociedad**

Actualmente dentro de la administración de la sociedad, se ha desarrollado una nueva práctica que es el “buen gobierno corporativo”, el mismo que cada vez es más utilizado en el ámbito societario.

La mundialización ha incidido en los mercados, logrando la desaparición de fronteras, la creación de más empresas, la preocupación por satisfacer las exigencias de calidad de los consumidores y, la gran importancia del capital humano que debe haber dentro de una compañía, ha generado que las empresas empiecen a dar prioridad al estudio y aplicación del buen gobierno corporativo (Ganga y Vera, 2008, p.96).

Flores (s.f.) en su artículo “El Gobierno Corporativo: un enfoque moderno” cita algunos conceptos sobre del gobierno corporativo realizadas por organizaciones internacionales, entre ellas: la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE, señala que el Gobierno Corporativo es un sistema mediante el cual se dirige y controla la compañía, así como distribuye los derechos y responsabilidades entre los directivos y accionistas de la sociedad; Corporación Andina de Fomento - CAF define al Gobierno Corporativo como un conjunto de prácticas formales e informales, que regulan las relaciones entre administradores y accionistas, con el fin de maximizar los recursos y que sean bien administrados; International Finance Corporation – IFC además

de mencionar que el Gobierno Corporativo son procesos que ayudan a la buena dirección y control de la sociedad, acota que ayuda al desarrollo sostenible de la compañía (pp. 9 - 10).

Letza (2004) señala que hay dos teorías en cuanto al Gobierno Corporativo, las cuales define el objetivo de su aplicación; en primer lugar está teoría instrumental, que busca mejorar el rendimiento, producción y masificación de beneficios económicos, así como consolidarse en el mercado; en segundo lugar está la teoría normativa que tiene una perspectiva más social que económica, donde es imperativo la responsabilidad social de la compañía (citado por Puentes, Velasco, Vilar 2009, p. 124).

A pesar de que hay autores que mencionan a las dos teorías del Gobierno Corporativo, otros autores las combinan las teorías y que creen que son complementarias. Ganga y Vera (2008) mencionan que las sociedades no deben velar únicamente por maximizar los beneficios, sino que también deben ejercer su actividad empresarial con responsabilidad social, transparencia y ética, protegiendo los intereses de todos quienes pertenecen a la compañía como administradores, directores, accionistas, proveedores, empleados, acreedores, etc. (p.123).

Por lo tanto, el buen gobierno corporativo constituye un instrumento mediante el cual se quiere alcanzar ciertos objetivos establecidos por la sociedad, los cuales están orientados a fines económicos y sociales (Lizcano, 2006, p.23).

El buen gobierno corporativo se puede establecer en dos formas distintas; la primera es mediante la creación de un código, el cual contiene normas, que direccionen la gobernanza de la sociedad; la segunda es por medio de un pacto parasocial entre los accionistas y los administradores de la compañía, acordando sobre la forma de direccionar la sociedad.

## **2.2.2 Pactos de organización con respecto a la Junta o Asamblea General**

### **a) Junta o Asamblea General**

La Asamblea General por excelencia es el órgano supremo de gobierno, el cual expresa la voluntad de la sociedad mediante la toma de decisiones respecto a la compañía.

Para entender de mejor manera, la compañía, al ser una persona jurídica, un ente abstracto con capacidad relativa, necesita de personas naturales para poder exteriorizar su voluntad, así como para celebrar actos y contratos (Drouet, 2006, p. 140).

Dávila está de acuerdo con Drouet y comenta que la persona jurídica requiere de órganos que lo ayuden con sus actividades internas, esto es, relacionado con su organización, así como sus actividades externas, es decir con sus negocios (Dávila, 2008, p. 169).

Barrera (s.f.) (citado por Drouet, 2006) afirma que un órgano societario no solo necesita del elemento subjetivo, de personas que manifiesten su voluntad, sino que también debe tener el elemento objetivo, en otras palabras, las funciones y atribuciones para que de esa manera, las personas sepan los alcances y límites de extensión dentro de su actuar.

Brunetti (2002) está de acuerdo con lo mencionado por Barrera ya que establece que no basta con la reunión de los socios para la toma de decisiones, sino que, además, debe estar en concordancia con el ordenamiento corporativo, ósea, en armonía con la ley societaria y los estatutos sociales (p. 370).

### **b) Convocatoria a la Junta General**

La Junta General está conformada por los accionistas que deben ser debidamente convocados, según lo establezcan la ley y los estatutos, además, en el artículo 236 de la Ley de Compañías se señala que dicha convocatoria se debe hacer al menos con cinco días de anticipación.

A pesar de lo que establece la Ley de Compañías, el Reglamento de Juntas Generales señala que la convocatoria debe hacerse por lo menos ocho días, sin contar los días en que se realizarán la convocatoria y la Junta General. Además, establece que se debe convocar por los correos electrónicos de los accionistas, así como realizarse la publicación en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio de la compañía.

Por excepción, la Ley de Compañías y el Reglamento de Juntas Generales establecen un mecanismo de convocatoria por parte de la Superintendencia de Compañías, existen dos casos para poner en marcha la acción de la Superintendencia de Compañías, para que se lleve a cabo deber ser a petición de parte, esto es, que debe ser solicitada por uno o varios socios.

En el primer caso cualquier accionista, por ostentar esa calidad puede solicitar a la Superintendencia de Compañía que convoque a la Junta General, siempre que esta sea para tratar sobre el balance anual o la distribución de utilidades y, que como requisito se haya pedido a los administradores o comisarios convocar a una junta pero que en el pazo de 15 días no lo hayan hecho; el segundo caso se da cuando el o los accionistas que representen por lo menos el 25% del capital social pidan, de forma escrita, al o a los administradores, así como a los organismos directivos que se convoque a junta, explicando el asunto a tratar en esa reunión de accionistas, sin embargo, los administradores se han rehusado a convocar (Ley de Compañías, 199, art. 212 y 213 ).

De conformidad con lo explicado se puede acotar que los pactos parasociales sobre la convocatoria a la Junta General, se lo puede hacer de dos formas: la primera, es convenio entre los accionistas y el administrador, en el cual se implante la forma de convocar a la Junta General, además de las establecidas en la ley y en el estatuto; por ejemplo, que el administrador de la sociedad envíe, por correo convencional, una carta

dirigida a cada socio, la segunda es un acuerdo entre socios para constituir más del 25% del capital social para pedir al administrador que convoque a Junta General.

Para llevar a cabo la reunión de Asamblea General, en la primera convocatoria, debe haber quórum, tienen que asistir a la asamblea los accionistas que representen al menos la mitad del capital pagado, en caso de no haberlo, se tiene que hacer una segunda convocatoria, la cual no puede excederse de los 30 días desde la fecha en que se iba a realizar la Junta General en referencia a la primera convocatoria, se efectuará la Junta General con los socios presentes (Ley de Compañías 199, art. 237).

Para determinar los temas a tratar en la Junta General se puede decir de forma general, según lo establece el artículo 231 de la Ley de Compañías, que tiene la facultad de resolver asuntos en relación con los negocios de la sociedad, así como tomar decisiones en beneficio de la compañía.

### **c) Tipos de Juntas Generales**

A pesar de lo antes mencionado, es importante aclarar que el contenido a tratar tiene relación con el tipo de Junta General a la cual se ha convocado, entre las más importantes están las ordinarias y extraordinarias.

Dentro de la doctrina y la legislación se diferencia a las Juntas Generales Ordinarias de las Extraordinarias con base a la obligatoriedad de reunión, la primera establece, según la ley, que es obligatorio reunirse en los tres primeros meses para conocer el resultado del ejercicio económico, en cambio, la segunda se reúne únicamente cuando se convoque a los socios para el conocimiento de un tema en concreto (Dávila, 2008, pp.183-185).

### **d) Pacto parasocial sobre el voto / Sindicalización del voto**

Los pactos parasociales sobre la junta general tienen que ver con la sindicalización del voto, es decir, un pacto parasocial en el cual los socios se comprometen a votar en el

mismo sentido. El voto es un derecho que se adquiere cuando una persona tiene la calidad de socio o accionista dentro de una compañía.

Brunetti (2002) señala que “el voto es un derecho individual, inderogable, en cuanto es ejercitado en interés de la sociedad” (p.453). El mismo autor señala que el lugar donde se ejerce el derecho al voto es la asamblea general, la cual, mediante el voto de la mayoría expresa la voluntad de la sociedad.

El voto es atribuido a los socios mediante el cual toman decisiones en beneficio de la sociedad y, no por beneficio personal; sin embargo, el interés de la sociedad constituye, el interés de todos los socios y, en forma indirecta, satisface los intereses individuales de los accionistas (Cabanellas, 1197, pp. 404, 405).

Según la Ley de Compañías de Ecuador, en el artículo 207 establece que es un derecho fundamental de los accionistas, “el intervenir en las juntas generales y votar cuando sus acciones le concedan el derecho al voto” (Ley de Compañías, 1999, art. 207).

Sin embargo, la misma Ley establece una prohibición expresa en cuanto al ejercicio del derecho a votar. Los titulares de acciones preferidas no tienen derecho a votar, de igual forma, los miembros de los organismos administrativos y de fiscalización no pueden votar, en cuanto a la aprobación de los balances, sobre deliberaciones a su responsabilidad, ni cuando exista conflicto de interés con la compañía.

En ocasiones, todos o algunos accionistas se ponen de acuerdo para votar de una misma forma, lo que constituye un pacto parasocial sobre el voto, también llamado sindicato de acciones.

Visto el voto como un “derecho subjetivo colectivo”, abre la posibilidad de crear convenios o contratos con el fin de regularlos; lo que la doctrina denomina sindicatos de voto (Galeote, 2016, p.2).

La sindicalización de acciones abre la posibilidad de acordar libre y voluntaria sobre la forma y modo de votación en la Asamblea General (Drouet, 2006, p.135).

Cabanellas (1997) señala que:

Los acuerdos de sindicación de acciones suponen, estrictamente, un mecanismo para la adopción de decisiones por los integrantes del sindicato, en forma previa a la asamblea o reunión de socios en la que se ejercerá el derecho al voto, decisiones a las que se someterán los socios que conforman el sindicato. La sindicación puede funcionar designando un síndico que ejercerá el voto. (p.436)

“Mambrilla (1986) El sindicato de voto se conforma por un acuerdo entre los socios con el objetivo de comprometerse entre sí o frente a terceros, para ejercer su derecho al voto de forma directa o mediante un representante, dentro de los órganos de la sociedad” (citado por Cervello, Galeote, 2013, p. 3).

Los convenios sobre el voto son contratos direccionados a la creación de obligaciones respecto al ejercicio del derecho del voto en asambleas y reuniones, lo que les diferencia de los acuerdos de sindicaciones de acciones es que los convenios sobre el voto obligan de forma directa a los socios y no dependen de las decisiones que adopte el sindicato (Cabanellas, 1997, p.437).

Las funciones de los convenios relativos al voto son: a) coordinar a los socios y sus actuaciones dentro de los órganos de la sociedad, b) tener el control de la sociedad por parte de los socios, c) beneficiar a otras empresas como, por ejemplo, votar a favor de fusiones con otras empresas, d) definir las políticas en cuestión de administración y negocios de la sociedad, e) evitar sanciones a los socios (Cabanellas, 1997, pp. 442, 443).

Menéndez (1999) señala que:

en la sociedad anónima moderna, los pactos sobre el voto se suelen establecer con la finalidad primordial de conseguir un influjo estable y seguro en la marcha de la sociedad, consolidando una mayoría que imponga su criterio en las juntas y que garantice la estabilidad de la administración; otras veces sin embargo, sirven para agrupar a accionistas de escasa participación social y tutelar así, mediante la combinación de sus votos, el interés de las minorías. (citado por Abramovich, s/f, p. 150)

En derecho al voto es ejercido en beneficio de la sociedad y no del accionista como tal, por cuanto, en la mayoría de los acuerdos parasociales sobre el voto han sido declarados nulos ya que limitan la libertad de voto (Brunetti, 2002, p.254).

En la legislación nacional se manifiesta que “Es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas que tengan derecho a votar” (Ley de Compañía, 1999, art. 210).

Dávila (2008) discrepa absolutamente con lo establecido en el artículo 210 de la Ley de Compañías, ya que es contradictorio con:

la misma Doctrina 145 que fue el fundamento de la Ley #53 interpretativa de la Ley de compañías, publicada en el Suplemento del R.O.#242 del 23 de enero de 1998, en que se reafirma este tema de la sindicalización, parte del supuesto que el derecho a votar puede ser normado. (p.163)

El análisis de Dávila de la doctrina societaria 145 es incompleta, ya que si bien es cierto que se afirma que el derecho sobre el voto puede ser normado se refiere a la forma de ejercerlo mas no a los pactos sobre el voto, por lo cual los pactos parasociales sobre el voto son nulos.

Vivante como (mencionado por Brunetti 2002) afirma que “el accionista no puede obligarse válidamente a votar según la voluntad de otros, ni ceder a otros su derecho de voto” (p.455). El mismo autor menciona que un pacto hecho entre los accionistas sobre el voto, con anterioridad a la asamblea general, va en contra la esencia del voto en la asamblea general, pues no será la decisión que nace del ejercicio del voto, como derecho ni deber, sino que será producto de un acuerdo previo entre accionistas.

Algunas cuestiones sobre los pactos parasociales sobre el voto: a) si la sociedad a la que se refiera el contrato de voto, cae en nulidad, por ende, el pacto parasocial también es nulo, b) carece de efecto los contratos de voto hasta que se celebre la asamblea general o reunión, donde se ejercerá el derecho al voto y, c) los acuerdos de voto no pueden ser contrarios al estatuto y al contrato social (Cabanellas, 1997, pp 443, 444).

Dentro del ámbito societario existe una discusión sobre la forma de hacer exigible los pactos parasociales sobre el voto, al momento que un accionista decide votar de forma distinta a la decisión del sindicato al que pertenece, la interrogante es ¿si la sociedad debe respetar a la decisión del sindicato la cual, con base al principio de publicidad, fue notificada debidamente a la sociedad? o, ¿debe hacer valida la decisión del socio al momento de ejercer su derecho legítimo al voto? (Peña, 2017, p.65).

Para Hargain (s.f.) (citado por Lasowsky, 2011) menciona que la sociedad no puede obligar a los accionistas al cumplimiento del pacto parasocial sino que, la mejor vía es la civil, esto es demandar por daños y perjuicios por incumplimiento contractual (p.10).

En legislaciones extranjeras, como la alemana, si se reconoce la validez de los pactos parasociales sobre el voto; sin embargo, se establecen algunas excepciones por las cuales llegaría a ser nulo, por ejemplo en la venta del voto, quiere decir, que el accionista se compromete a votar de una forma determina a cambio de dinero.

En materia societaria, la compañía no puede obligar a los accionistas al cumplimiento del pacto parasocial, ya que vulneraría su derecho al voto, el cual debe ser ejercido de forma libre, por lo que, la decisión adoptada en la Asamblea General puede estar viciada por concepto de consentimiento del socio al momento de emitir su voto.

Lasowsky y Peña (2011) señalan que, si la compañía no puede obligar a los socios a cumplir con el acuerdo parasocial sobre el voto, es inservible la notificación de dicho pacto con base al principio de publicidad si de igual forma no se va a cumplir (p.113).

Garriguez-Uria (1969) (Citado por Amorín, s/f) propone como otro medio de exigibilidad del pacto parasocial sobre el voto, realizar un acuerdo de bloqueo como garantía, restringir la enajenación de acciones de quienes integran el sindicato de voto, de

esta forma, se evita que en un futuro los socios adquieran otros compromisos que comprometan su voto.

Otro mecanismo societario para el cumplimiento del pacto sobre voto, es que en el sindicato se nombre un síndico, para que esté a cargo de exteriorizar lo acordado por el sindicato, es decir, en las asambleas generales, solo puede votar el síndico en representación de quienes conforman el sindicato, de esta manera no existe posibilidad de que los socios incumplan el pacto votando de forma distinta a lo pactado.

#### **e) Impugnación de las resoluciones de las Juntas Generales**

El derecho de impugnación no es un derecho sustancial como el derecho al voto, sino más bien es un derecho procesal, en el cual debe existir una relación societaria preexistente, los accionistas ejercen su derecho de impugnación con el fin de invalidar un acuerdo societario (Román, 2010, pp. 178-179).

El derecho de impugnación es irrenunciable y cualquier acuerdo en contrario es nulo, por lo que todos los accionistas de una sociedad tienen el derecho de impugnar resoluciones de la junta general (Nissen, 2001, p. 251).

El art. 215 de la Ley de Compañías insta que los accionistas que representen por lo menos la cuarta parte del capital social podrán impugnar las resoluciones de las Juntas Generales o de los organismos de administración que hayan sido acordadas violando disposiciones legales, vulneren el beneficio de uno o varios accionistas o los intereses de la sociedad (Ley de Compañías, 1999).

Posteriormente en la misma ley señala los requisitos para apelar decisiones de la mayoría, están son: a) la demanda debe ser interpuesta ante el o la juez de la civil del domicilio de la compañía, dentro de los 30 días posteriores de clausura de la junta general; b) que accionantes a esta impugnación no hayan asistido a la Junta General o hayan votado en contra de la resolución; c) la demanda debe señalar la violación o perjuicio

causado, o preceptos legales infringidos y finalmente, d) se debe anexar los certificado que respalden las acciones de quienes están recurriendo (Ley de Compañías, 1999).

Por lo antes mencionado se puede acotar que los pactos parasociales sobre la impugnación de resoluciones de la Junta General, consiste en un acuerdo entre los socios para conseguir el porcentaje del capital que se necesita para poder impugnar de acuerdo a los requisitos y formalidades establecidos en la ley.

Román (2010) menciona que el derecho a impugnar es un derecho a la tutela jurisdiccional, en el cual se pretende la nulidad de una resolución realizada por la Junta General, además el órgano jurisdiccional será quien determinará la validez del acuerdo societario (p.186). Lo que tiene concordancia con la Ley de Compañías ecuatoriana, en la cual se establece que el derecho a impugnar iniciará con la interposición de la demanda.

Dentro de la Ley de Compañías existe una contradicción ya que por un lado menciona impugnación y, por otro, apelación, las diferencias que se encuentran en la ley, son las siguientes: a) la impugnación es contra resoluciones de la Junta General y organismos de administración, en cambio la apelación es únicamente contra las resoluciones de la Junta General, b) la impugnación requiere de al menos la cuarta parte del capital social, mientras para la apelación se necesita el 25% del capital pagado (Egas, 2006, p.124).

Por otro lado, también hay la posibilidad de declarar la nulidad de las resoluciones de la Junta General. El artículo 247 de la Ley de Compañías establece los casos en que son nulas: cuando en base a la finalidad de la compañía y por su capacidad no pudiera adoptarlas; cuando se haya realizado la junta general infringiendo los artículos 233, 236 y 238 de la Ley de Compañías, por el incumplimiento de las reglas sobre la convocatoria; cuando se tome una resolución aun cuando no se cuente con el quórum legal o reglamentario; cuando el contenido de la resolución tenga un objeto ilícito, imposible o

contrario a las buenas costumbres; cuando sea incompatible a la naturaleza de la compañía anónima, o sean contrarias a la normativa que protege a los acreedores de la compañía y de los tenedores de partes beneficiarias; y finalmente, si se hubiere omitido la convocatoria a los comisarios, siempre que la ley lo disponga (Ley de Compañías, 1999).

Además de lo antes mencionado, la misma Ley de Compañías establece que existen otros casos en los cuales la resolución de la Junta será nula, dentro de ellos está lo establecido en la Ley de Compañías en el artículo 243, último inciso, cuando las personas estando prohibidas por la ley, lo hacen generando que esos votos sean nulos, esa decisión no tendría la mayoría requerida y, según el artículo 221 de la misma norma donde señala que las disposiciones que supriman o disminuyan los derechos de las minorías.

### **2.3 Pactos de atribución**

Si bien es cierto el objeto principal de los pactos parasociales es regular las relaciones entre socios, no todos buscan beneficiarse de ellos, sino que también existen pactos que busca favorecer a la sociedad, estos acuerdos parasociales se los denomina pactos de atribución.

Son llamados así porque buscan proporcionar ventajas a la sociedad, ya que constituyen obligaciones para quienes suscriben estos acuerdos extraextratutarios (Paz-Ares, 2003, p. 2).

Se caracterizan por generar una relación entre los socios y la sociedad, cuyo objeto esencial es beneficiar a esta, es decir, con el pacto de atribución la sociedad adquiere derechos que deben ser realizados por los socios de la misma (Olmos, 2017, p. 29).

Los pactos de atribución son a favor de la sociedad, siendo que la compañía haya o no participado en el acuerdo extrasocietario, lo que es de suma importancia ya que al constituirse a favor de un tercero, en este caso la sociedad podría reclamar el cumplimiento del acuerdo extraestatutario (Henao, 2013, p.22).

En la mayoría de los pactos de atribución podemos encontrar que dentro de su contenido se crean obligaciones para los socios, que de estar positivizadas en los estatutos sociales, constituirán en una extensión obligacional (Vasquez, 2018).

Los pactos de atribución son acuerdos extraestatutarios celebrados entre socios, que buscan el bien de la sociedad, dentro de estos se pueden establecer financiaciones en favor de la compañía o acuerdos de no competencia, entre otros (Pérez, 2017).

Los pactos de no competencia y de financiación son los más importantes de los pactos de atribución, en el primero se comprometen los accionistas a no realizar actos o actividades económicas iguales a los de la sociedad y, el segundo es cuando los accionistas se obligan a realizar la financiación de la compañía en circunstancias determinadas como cuando la sociedad registra pérdidas.

### **2.3.1 Pactos de no competencia**

La competencia es considerada como un derecho, con base a la libertad de comercio y trabajo, así como el sistema de libertad de empresa, por lo que, toda persona tiene derecho a entrar dentro del mercado mediante actividades económicas, luchar para obtener clientes y mejores beneficios; sin embargo, este derecho no es absoluto ya que existen restricciones por el principio de lealtad y para garantizar los derechos empresariales (Cabanellas, Palazzi, Sanchez, Serebrinsky, 2014, p. 763).

Los pactos de no competencia entre la sociedad y sus administradores en teoría no se deberían hacer ya que con base al deber de lealtad, los administradores siempre deben proteger y defender el interés de la sociedad; sin embargo, en la práctica se suscriben contratos de no competencia, los cuales constituyen una prohibición a los administradores para desarrollar actividades análogas al giro del negocio de la sociedad (Soto, 2018, p 5-7).

En cambio, los acuerdos de no competencia entre la sociedad y los socios se los realiza para proteger secretos industriales, comerciales y estrategias empresariales de la compañía los cuales, al ser conocidos por los socios, pueden desarrollar actividades similares con base a la información privilegiada que tienen, los socios “se obligan a no iniciar una actividad que compita con la de la sociedad” (Soto, 2018, pp.9, 10).

El pacto parasocial de no competencia desde el punto de vista contractual, tienen una obligación negativa, esto es, el de no hacer actividades económicas análogas a las que desarrolla la sociedad.

Es importante hacer énfasis que el contrato de no competencia debe regular dos momentos: el primero mientras exista una relación entre los socios y la sociedad y, el segundo luego de que el socio, quien suscribió el pacto de no competencia, salga de la sociedad o transmita sus acciones.

El objeto en si del pacto de no competencia es prohibir el desarrollo de actividades análogas, en la primera situación el acuerdo parasocial regula la no competencia mientras ostentan la calidad de socios y tienen una relación con la compañía, lo que genera una posición privilegiada, por la información, conocimiento y experiencia que pueda adquirir, pudiendo ser utilizada en contra de la sociedad.

“Nissen menciona que la prohibición de competencia se fundamenta en la necesidad de que el socio le dedique a la sociedad, de manera exclusiva, los conocimientos adquiridos en la gestión de los negocios sociales, evitando emplearlos en provecho propio, lo que en la casi generalidad de veces implicará un desviación de la clientela a favor del socio desleal, menoscabando el derecho a las utilidades de que gozan los socios”. (Citado por Cabanellas, Palazzi, Sanchez, Serebrinsky, 2014, p.769)

En la segunda situación, cuando los socios ya no tienen esta calidad por transferencia de acciones, es mejor incorporar dentro del pacto de no competencia una cláusula, en la cual establezca que los socios suscriptores deberán regirse al contenido del acuerdo aun cuando hayan salido de la compañía y no ostenten la calidad de socios, en la mayoría de casos fijan el tiempo de vigencia del acuerdo después de la salida de la

sociedad, hay que tomar en cuenta que el tiempo no debe ser muy corto ni muy largo, sino un tiempo prudencial para que no afecte a la sociedad.

Dentro de este contrato de no competencia, se puede incluir prohibiciones respecto a la contratación de empleados o ex empleados de la compañía, así como arrebatar clientes de la misma. Por lo general los acuerdos de no competencia están ligados a cláusulas de confidencialidad, mediante las cuales se prohíbe compartir cualquier tipo de información sobre la sociedad, sobre todo secretos empresariales y estrategias de negocio.

### **2.3.2 Pactos de Financiación**

La financiación es un aspecto muy importante para el desarrollo de una sociedad, por lo cual, es importante acordar sobre la manera de financiación de las actividades empresariales, las cuales pueden ser establecidas en los pactos parasociales suscritos por accionistas y administradores en favor de la sociedad.

La financiación de una empresa se puede realizar de distintas formas, la autofinanciación es la fuente principal de financiación de una empresa, en la cual, los socios asumen la totalidad del capital, mediante aportaciones a la empresa, para financiar nuevos proyectos de la sociedad (Hoyos y Blanco, 2014, pp. 84-85).

Otra forma de financiación es mediante créditos financieros, una manera tradicional y generalmente utilizada, existen varios tipos de créditos: a) préstamos con garantías personales, se caracteriza por ser de corto plazo, con el cual se busca satisfacer las necesidades corrientes de una sociedad, se formaliza con un contrato en el cual se estipula que se debe devolver el capital con sus intereses; b) préstamo con garantías reales, las garantías pueden ser prendas o hipotecas, sirven para respaldar la operación financiera, las prendas son sobre bienes muebles, estas pueden ser sobre mercancías, maquinaria industrial, cosechas y ganados, las hipotecas versan sobre bienes inmuebles, pueden ser predios y fincas urbanas o rurales; y , c) fianzas personales, se basan en que a terceras

personas se les constituye como deudores solidarios de la deuda principal ( Depallens y Tobar, 1973, pp.86-90). Además, las empresas pueden solicitar cuentas de crédito a las entidades financieras para que les provean dinero a un tiempo determinado y hasta un cierto límite (Del Río, 2012, p. 78).

A pesar que las operaciones crediticias, emitidas por entidades financieras son las más utilizadas, por los altos intereses que se deben pagar, las empresas buscan otras formas de financiación, entre ellas tenemos:

- a) Bootstrapping, con la cual se busca evitar recurrir ante fuentes de financiación externas, entre las técnicas de bootstrapping mencionadas por Winborg y Landstrom (2001) están: a) diferimiento de pagos, b) aceleramiento de cobros, c) cooperación y reutilización de recursos (citado por Hoyos y Blanco, 2014, p.89);
- b) Leasing, es el arrendamiento de bienes, atribuyendo el derecho de uso y goce de los mismos (Del Río, 2012, p. 78).
- c) Confirming, en la cual una entidad financiera es intermediadora entre la empresa y sus proveedores, realizando el cobro de facturas antes de su vencimiento (Del Río, 2012, p. 78).

Los pactos parasociales de financiación deben contener el tipo de financiación que se realizará en favor de la sociedad, así como la cantidad y el tiempo en emplearse, lo que contribuye con la inyección de capital, para seguir con el desarrollo de la actividad empresarial.

## CAPITULO III

### HERRAMIENTAS JURÍDICAS PARA LA EXIGIBILIDAD DE LOS PACTOS PARASOCIALES

Una vez identificado los tipos de pactos parasociales, es importante tener en cuenta los mecanismos que aseguren su cumplimiento, estos pueden ser en materia civil, procesal y societaria, todo depende de la manera en que sean planteados.

#### 3.1 Autotutela

##### 3.1.1 Definición

A la hora de administrar un conflicto existen varias maneras de solucionarlos, entre ellos está la autotutela que es una forma directa de solución de conflictos, siendo las partes los únicos que intervienen (Ledesma, 2013, p. 208).

Es importante empezar distinguiendo entre la autotutela y heterotutela, ambos constituyen formas de resolución de conflictos, la primera es aquella en que la persona por sí misma declara, defiende, conserva y ejecuta sus derechos; la segunda, en cambio necesitan de un tercero que es el poder judicial del estado para la declaración, conservación y ejecución de derechos (Quadra-Salcedo, s/f, p. 4).

Gil (1993) define a la autotutela como “el poder concreto, reconocido expresamente por la ley, que habilita a defender el propio interés mediante un acto o negocio jurídico unilateral y extrajudicial” (p. 20).

La autotutela es una forma directa y unilateral de resolver un conflicto, en el cual una de las partes sobrepone su interés sobre el del otro, haciendo uso de la fuerza, cabe recalcar que en este proceso no hay juez sino que la solución del problema es impuesto por una de las partes (Alvarado y Aguila (2011); Alcala (2000) citado por Delgado, Palomo y German, 2017, pp. 269 – 270).

La autotutela es más una forma para exigir el cumplimiento de una prestación; sin embargo, su cumplimiento queda a discreción y voluntad del deudor, ante el requerimiento del acreedor. Caso contrario se debe recurrir ante la jurisdicción (Ledesma, 2013, p. 210).

Con base a lo expuesto se puede definir a la autotutela como un mecanismo extrajudicial, en la cual las partes contractuales establecen maneras para hacer exigibles la obligación determinada en un contrato.

### **3.1.2 Aplicación**

Gil (1993) afirma que la autotutela se ejerce mediante un acto o negocio jurídico unilateral, el cual produce una modificación directa, sobre el plano sustancial (p.29).

Además de lo mencionado por Gil podemos acotar que existen formas para la aplicación de autotutela que no siempre son jurídicas, entre ellos están: el derecho de los padres sobre los hijos para castigarlos y corregirlos, la autodefensa o legítima defensa, la huelga o la resolver unilateralmente un contrato (Ledesma, 2013, p. 208).

Una figura de la autotutela, en el ámbito civil y mercantil, es el “derecho de retención” mediante la cual una de las partes contractuales retiene un bien hasta que se cumpla o se perfeccione el cumplimiento de la prestación (García, 2012, p. 18).

Así mismo, entre los casos de autotutela permitidos por el Estado son: a) como respuesta a un ataque precedente sin haberlo causado (legítima defensa); b) como ejercicio directo de un derecho subjetivo (derecho de retención, el despido de los trabajadores); c) como ejercicio de facultades en casos excepcionales; y, d) la huelga (Peña, 2007, pp. 40 y 41).

Para Henao (2013) dentro de la autotutela las partes acuerdan formas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones, las mismas que pueden ser cláusulas penales, constituciones de prendas o cualquier tipo de garantía, más específicamente para los

pactos parasociales de acompañamiento y arrastre se debe utilizar el put y call como medios de autotutela (p.199).

La cláusula penal es una pena acordada anteriormente por parte de los socios, mediante la cual se busca asegurar el cumplimiento de la obligación, en cambio las prendas son una especie de caución, en este caso la garantía del cumplimiento de la prestación recae sobre un bien mueble, otra forma de aplicar la autotutela es el derecho de retención, el mismo que está asociado con la prenda, pues constituye un derecho del acreedor para quedarse con el bien hasta que la obligación se cumpla. Además de las ya mencionadas dentro de la aplicación de la autotutela el socio puede establecer que en caso de incumplimiento se resuelva el contrato unilateralmente.

Según Noboa (2018) “las partes podrían estipular cláusulas arbitrales, a fin de sujetarse a este mecanismo alternativo de solución de conflictos para solventar una controversia que podría derivarse del incumplimiento de un pacto parasocial” (p.16).

Referente a lo mencionado por Noboa es importante tener en cuenta algunos aspectos sobre la cláusula arbitral como establecer si el o los árbitros resolverán el conflicto en derecho o en equidad, así como el número de árbitros y la forma en que serán elegidos, además se tiene que especificar el lugar o sede donde se llevará acabo el arbitraje.

Para aquellos pactos parasociales referentes al ejercicio del voto, la autotutela puede ser aplicada mediante la designación de un síndico por medio de un poder, quien se encargaría de emitir el voto de todos sus mandantes, según las directrices pactadas en el acuerdo parasocial (Paz-Ares, 2003, p.29).

## **3.2 Cláusula penal**

### **3.2.1 Definición**

La cláusula penal es una pena o multa, que las partes contractuales aceptan pagar en caso de retraso o incumplimiento, de esta manera aseguran el cumplimiento de la obligación (Cabanellas, 2012, p.171).

Rodriguez (s.f) menciona que:

Cláusula penal es aquella estipulación que obliga al deudor a una obligación llamada pena, en caso de incumplimiento de una obligación principal. Siendo más precisos, deberíamos entender por cláusula penal aquella disposición o regla negocial que tiene por objeto establecer una pena para el caso de no cumplir la obligación explícitamente reforzada con la pena, que puede ser una o varias de las obligaciones nacidas del negocio. (p.515)

También podemos definir a la cláusula penal como un acuerdo de voluntades que establece una pena para sancionar la tardanza o el incumplimiento de una obligación, por lo cual la pena consiste en dar o hacer algo, generalmente se establece el pago de un monto, previamente convenido (Castro, 2011, p. 137).

La cláusula penal es en la cual las partes establecen, con anterioridad, un monto que tendrá que pagar el deudor en caso de incumplimiento de su obligación, o de hacerlo tardíamente (Josserand, 2008, p.404).

El Código Civil Ecuatoriano en su artículo 1551 define a la cláusula penal como “aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento” (Código Civil, 2005, art. 1551).

### **3.2.2 Características**

Una característica de la cláusula penal es que se trata de una obligación distinta a la principal, ya que el objeto de la cláusula penal es la determinación de una obligación de dar o hacer distinta a la obligación principal del contrato; sin embargo, nada impide

que la pena establecida en la cláusula penal sea la misma que la prestación principal. (Velásquez, 2010, p. 919).

La característica principal es ser una cláusula condicional, para que se ejecute primero debe haber el incumplimiento de la obligación principal (Barreira, 1985, p. 81).

Otra característica es la accesoriedad de la cláusula penal, en razón de que la existencia y la ejecutoriedad de la cláusula penal dependen de la obligación principal, en consecuencia, lo accesorio lleva la suerte de lo principal, es decir, en caso de inexistencia, ineficacia o nulidad de la obligación principal también lo será la obligación accesoria en este caso, la cláusula penal (Castro, 2011, p. 139).

En complemento con lo mencionado por Velásquez, en el artículo 1552 del Código Civil ecuatoriano (2005) señala que, la cláusula penal al ser accesoria, “la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal”.

### **3.2.3 Funciones**

La función más importante es la de garantía, ya que asegura el cumplimiento de la obligación principal, es necesario saber diferenciar entre la cláusula penal y una garantía personal como fianzas o la existencia de un deudor solidario, si bien la cláusula penal y la garantía personal como las antes mencionadas, son garantías para el cumplimiento de una obligación constituyen instituciones jurídicas distintas (Castro, 2011, pp. 143-144).

Cabe recalcar que además de cumplir con una función de garantía, también se en carga de anticipar un posible perjuicio que se puede causar a una de las partes, en la doctrina esta función es llamada estimación anticipada de perjuicios, es importante tener en cuenta que para hacer efectiva la cláusula penal no es necesario probar que se ha

causado perjuicio, sino que basta con el solo retraso o incumplimiento de la obligación (Velásquez, 2010, p. 930).

Paz y Miño (1991) discrepa con la función de garantía de la cláusula penal y afirma que es únicamente una sanción, una pena establecida por las partes con anterioridad, pero no asegura que el deudor cumpla con su obligación (p.58).

León (2002) en concordancia con lo que establece Velásquez, menciona que la cláusula penal se pactó antes de que se hubiera producido el hecho, lo cual no implica que no constituya una indemnización, pues a diferencia de ser determinada por la ley o por un juez, ha sido anticipada por las partes, con base al principio de autonomía de la voluntad (p.118).

En muchos casos se puede llegar a confundir entre la cláusula penal y la indemnización de perjuicios; sin embargo, son dos cosas distintas. La cláusula penal es acordada en el contrato, para ejecutarse no se tiene que probar los daños causados, en cambio la indemnización de perjuicios, se determina con base al lucro cesante y daño emergente, se tiene que probar que existió perjuicio.

En la legislación nacional, específicamente en el artículo 1559 del Código Civil ecuatoriano (2005) establece que no se puede pedir la pena y la indemnización de perjuicios, lo que queda a discrecionalidad del acreedor pedir la pena o la indemnización por perjuicio, salvo que se pacte lo contrario, en cuyo caso se puede acumular la pena y la indemnización de perjuicios.

Otra función que ha sido determinada dentro de la doctrina es la de coerción, ya que la finalidad de la cláusula penal es punitiva, por lo que sirve para sancionar el incumplimiento de la prestación pactada, su razón de ser no es únicamente fijar de forma anticipada los daños que se pueda causar por dicho incumplimiento sino también es

determinar una pena con el objeto de castigar a la parte contractual que incumple (Marín, 2008, p. 4).

### **3.2.4 Aplicación**

La cláusula penal surte efecto en tres situaciones: a) si la parte incumple con la obligación principal; b) si el cumplimiento, aunque sea completo es tardío; y, c) si el cumplimiento es oportuno pero incompleto. Por esta razón se establece que la cláusula penal puede ser compensatoria o moratoria, la primera tiene la finalidad de reparar el daño causado por el incumplimiento de la obligación y, la segunda tiene por objeto indemnizar el daño por el retraso en el cumplimiento de la obligación (León, 2002, p. 116).

Para completar con lo señalado en el literal a), en el artículo 1553 del Código Civil Ecuatoriano estipula que se puede reclamar la pena o la obligación principal cuando el deudor se constituya en mora, antes no. Además establece que por regla general si el deudor está en mora, el acreedor podrá escoger entre ejecutar la pena o el cumplimiento de la obligación; sin embargo, en caso de pactar lo contrario, el pago de la cláusula penal no exime el cumplimiento de la obligación principal.

Así mismo, en el artículo 1554 del Código Civil menciona que si no se pactó un término para el cumplimiento de la obligación principal, el acreedor solo puede pedir la pena cuando el deudor este en mora, si la obligación es positiva, por el contrario si es negativa, el acreedor podrá pedir la pena cuando el deudor realice aquello que se ha obligado a abstenerse.

Referente al cumplimiento tardío o el cumplimiento oportuno pero incompleto, en caso de que no se haya acordado de forma expresa en el contrato, debe ser resuelta mediante la facultad moderadora del juez, para la reducción de la pena (Marín, 2008, p. 4).

El Código Civil Ecuatoriano señala que “Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal, y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal.” (Código Civil, 2005, art. 1555)

La cláusula penal es la forma más utilizada de garantizar el cumplimiento de una obligación, ya que es establecida por las partes y debe ser plasmada en el contrato, por lo que puede ser aplicada en cualquier tipo de pacto parasocial.

Generalmente los socios pactan pagar un monto dinerario como pena, por su incumplimiento contractual, a los restantes socios, aunque en la cláusula penal se puede determinar otro tipo de obligaciones, como ceder parte de sus acciones (Moreno, 2012, p. 662).

En caso de incumplimiento del pacto parasocial, se debe aplicar la normativa sobre el incumplimiento contractual, siendo esta, el Código Civil y, el Código General de Procesos, para de tal forma solicitar lo determinado en la cláusula penal, así como el cumplimiento o resolución del contrato dependiendo del caso.

### **3.3 Caución**

La caución es una institución jurídica que constituye para el acreedor una garantía para el cumplimiento de obligaciones, es decir, da seguridad que se cumplirá la prestación pactada, caso contrario puede hacer efectiva lo puesto en garantía (Paz y Miño, 1991, p.41).

También se conceptualiza a la caución como una garantía que da una persona a otra con el fin de asegurar el cumplimiento contractual de una obligación determinada (Grupo Latino Editores LTDA, 2008, p.292).

La legislación ecuatoriana define a la caución como “cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca” (Código Civil, 2005, art. 31).

Entonces se puede concluir que la caución es un mecanismo que garantiza el cumplimiento de una obligación, puede ser personal como la fianza, es decir, es sobre la persona, o real como la prenda o la hipoteca, que recae sobre bienes independientemente de a quien le pertenezcan, en caso de incumplimiento de la prestación contractual, el acreedor podrá hacer efectiva la caución.

### **3.3.1 Fianza**

#### **a) Definición**

La fianza es una especie respecto a la caución, de índole personal, con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación principal ajena (Larrea, 2002, p. 133).

Barreiro (1985) define a la fianza como un mecanismo jurídico-económico, en el cual una persona se obliga para asegurar el cumplimiento de una obligación que no es suya, sino adquirida por un tercero llamada afianzado, en beneficio de otra persona, que es el acreedor de la obligación principal y de la fianza (p.419).

La fianza es aquella obligación adquirida por una tercera persona para garantizar el cumplimiento de la prestación, en caso que el deudor no lo haga, pues el fiador tendrá que cumplir con esta (Cabanellas, 2012, p. 406).

Paz y Miño (1991) menciona que:

La fianza es una garantía personal ya que el fiador queda como responsable de la deuda o del pago indemnizatorio que resulte del incumplimiento del deudor principal, dependiendo del caso, pero de todas formas es un deudor subsidiario que responderá personalmente, a diferencia de los casos de las garantías reales, que comprometen a la cosa sobre la que recae la obligación. (p.92)

El Código Civil Ecuatoriano en su artículo 2238 define a la fianza como una obligación accesoria, en la que una persona adquiere para cumplir con una prestación ajena, en caso de que el deudor principal incumpla, es una forma de garantizar una

obligación. Puede constituirse a nombre del deudor principal u otra persona (Código Civil, 2005).

Con los apartados anteriores se puede concluir que la fianza es un tipo de garantía que asegura el cumplimiento de una obligación, por medio de una tercera persona llamada fiador, quien adquiere una obligación subsidiaria de cumplir con la prestación contractual en caso de incumplimiento por parte del deudor principal.

#### **b) Características**

Es un contrato accesorio, ya que su finalidad es garantizar el cumplimiento de una obligación principal, ajena a quien se obliga en fianza, es decir, no se puede exigir el cumplimiento de la obligación principal al fiador, ya que este no es el deudor principal. Al tener carácter de accesorio, el contrato de fianza sigue la misma suerte que el contrato principal, por lo que si la obligación principal es nula también lo será la fianza (Larrea, 2002, p. 136).

Se caracteriza por ser un contrato subsidiario, pues el fiador está obligado a responder únicamente si el deudor principal no cumple con la obligación, por lo que el fiador tendrá derecho a pedir que se cobre primero al deudor principal y luego a él; sin embargo, el fiador tiene la facultad de renunciar a la subsidiaridad y podrá convertirse en deudor solidario (Cuenca, 2011, p. 42).

La fianza constituye una obligación unilateral, ya que el único obligado al cumplimiento de la prestación en caso de incumplimiento del deudor principal es el fiador, por parte del acreedor no existe ninguna prestación a favor del fiador (Paz y Miño, 1991, p. 93).

Otra característica es su transmisibilidad a los herederos tanto de derechos como obligaciones del fiador (Código Civil, 2005).

Así mismo, garantiza una obligación determinada, en caso de no existir, el fiador se obliga únicamente desde el momento en que exista la obligación principal, antes de eso el fiador no tiene ninguna obligación (Larrea, 2002, p. 140).

### **c) Clases de fianzas**

Dentro de la doctrina se clasifica como fianza ilimitada o indefinida y limitada o definida, la primera se constituye cuando en el contrato no se establece sobre la obligación del fiador, como la cantidad a pagar en caso de incumplimiento total o parcial por parte del deudor principal, además se presume un obligación extensiva a otros rubros como interés, en cambio la fianza limitada o definida, es aquella en que el contrato indica específicamente cual es la obligación del deudor o un monto prestablecido que debe pagar (Paz y Miño, 1991, p. 114).

El Código Civil clasifica la fianza en: convencional, acuerdo entre las partes establecido en un contrato; legal, aquel dispuesto por la ley; o, judicial, ordenado por un providencia judicial (Código Civil, 2005).

El Código de Comercio define a la fianza convencional como:

Una convención expresa de garantía personal en virtud de la cual un tercero, ajeno al negocio principal garantizado, se compromete a responder, subsidiaria o solidariamente, del cumplimiento ante el acreedor, en lugar del deudor, que es el obligado principal, para el caso en que éste no cumpla con la obligación. (Código de Comercio, 2019, art. 662)

Como fianza legal podemos encontrar: a la del guardador que tiene que rendir antes de una tutela o curatela (art. 399 C. Civil); en cambio, en la fianza judicial está: el propietario fiduciario quien únicamente debe rendir una caución en virtud de una providencia judicial (art. 768 C. Civil) (Larrea, 2002, pp. 147-148).

### **d) Aplicación en los pactos parasociales**

Es importante tener claro que la fianza es una obligación subsidiaria adquirida por un tercero que garantiza el cumplimiento de la prestación principal, en caso de incumplimiento es el fiador quien deberá cumplir la obligación principal; sin embargo,

los pactos parasociales son contratos intuitu personae, es decir, se ejecutan por la calidad que ostentan sus partes, en este caso, ser accionistas de una compañía, por cuanto no se puede aplicar la fianza en la mayoría de casos, como en los pactos parasociales sobre el voto.

No obstante, en los pactos parasociales de atribución más específicamente sobre financiación a la compañía, los accionistas se comprometen a realizar aportaciones económicas a la sociedad, dentro de esta figura se puede utilizar la fianza para asegurar su cumplimiento, si el deudor principal incumpliera, el fiador deberá proveer la aportación determinada en la obligación principal.

### **3.3.2 Prenda**

#### **a) Definición**

La prenda es un contrato, en el cual el deudor se obliga a ceder al acreedor un bien mueble, como garantía del cumplimiento de la obligación principal que adquirió (Cabanellas, 2012, p. 753).

Sánchez (1899) menciona que la prenda es:

Un derecho real constituido, para garantía de una obligación, en una cosa ajena, que entra en la posesión del acreedor o de un tercero, y por virtud del cual, el acreedor puede promover a su tiempo la venta de la cosa empeñada, para satisfacer con su importe las responsabilidades pecuniarias que nazcan de la obligación garantida (citado por Cuenca, 2011, pp. 141 - 142).

Se busca garantizar el cumplimiento de la obligación principal mediante un contrato de prenda, el cual consiste en dar bienes muebles al acreedor como garantía de la obligación principal (Larrea, 2002, p. 208).

El Código Civil Ecuatoriano define al contrato de prenda como la “entrega de una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario” (Código Civil, 2005, art. 2286).

Por otro lado, el Código de Comercio (2019) indica que el contrato de prenda debe ser escrito, tener reconocimiento de firmas suscriptoras, además del cumplimiento de formalidades y solemnidades establecidas por ley (art. 623).

Se puede concluir que la prenda es un contrato, que consiste en dar uno o varios bienes muebles al acreedor, como garantía del cumplimiento de una obligación principal, si la prestación principal es un acto de comercio o al menos una de sus partes es comerciante, se debe regir bajo las reglas del Código de Comercio, sus formalidades y solemnidades.

#### **b) Características**

El contrato de prenda es un contrato solemne, en el ámbito civil para el perfeccionamiento del contrato se debe hacer la entrega de la cosa, al acreedor; en cambio, en el ámbito mercantil, la entrega de la cosa no es necesaria para el perfeccionamiento, sin embargo, el contrato debe ser escrito y con reconocimiento de firmas (Paz y Miño, 1991, pp. 170 -171).

Es real

Una característica de la prenda es que, al igual que la fianza, constituye un contrato accesorio, la validez y nulidad del contrato principal acarrea la validez y nulidad del contrato de prenda.

Larrea (2002) afirma que el contrato de prenda es unilateral, en las prendas civiles con desplazamiento, la cosa prendada está en manos del acreedor y tiene la obligación de conservar y devolver la prenda, mientras el deudor debe entregar la cosa para el perfeccionamiento del contrato; sin embargo, en caso de una prenda sin desplazamiento, es decir, la cosa prenda se queda en las manos del deudor, este adquiere la obligación de ser depositario y de conservar la cosa, siendo el único que se obliga dentro del contrato (p.218).

### c) Clasificación de la prenda

La prenda se puede clasificar en civil y mercantil, la primera es para asegurar obligaciones civiles; y, la segunda es para garantizar el cumplimiento de obligaciones comerciales, entre las prendas comerciales están: la prenda comercial ordinaria y prenda agrícola o industrial.

#### i. Prenda comercial ordinaria

Podrán ser prenda comercial ordinaria títulos nominativos, a la orden, las acciones al ser títulos nominativos pueden constituir una prenda, la misma que debe estar plasmada en el libro de acciones y accionistas de la compañía, indicando su estado de garantía (Código de Comercio, 2019).

#### ii. Prenda agrícola o industrial

La prenda agrícola e industrial son sobre bienes específicos relacionados a esta sección, los mismos que a pesar de constituir una prenda no dejan de estar en posesión del deudor, el Código de Comercio menciona de forma ejemplificativa sobre los bienes que se pueden preñar. La prenda agrícola puede ser sobre: Animales y sus aumentos; frutos de toda clase, cosechados o no; productos forestales y de industrias agrícolas; y, maquinarias y aperos de agricultura, extendiéndose a cualquier especie de animal siempre que este pueda criarse, cultivarse, desarrollarse y ser individualizado ya sea en un depósito, reservorio u otro. Por otro lado la prenda Industrial puede recaer en los siguientes bienes: a) Maquinarias industriales; b) Instalaciones de explotación industrial; c) Herramientas y utensilios industriales; d) Elementos de trabajo industrial de cualquier clase; e) Animales destinados al servicio de cualquier industria; y, f) Productos que hayan sido transformados industrialmente. (Código de Comercio, 2019).

Las prendas agrícolas o industriales tendrán que ser por escrito, puede ser mediante escritura pública o por documento privado con reconocimiento de firmas, además deben

estar inscritos en el registro de la propiedad o registro mercantil según sea el caso, a partir de la fecha de inscripción surtirá efecto entre las partes y con respecto de terceros, antes no (Código de Comercio, 2019).

#### **d) Obligaciones y derechos del acreedor**

##### **i. Obligaciones del acreedor**

El acreedor tiene la obligación de conservar la cosa dada en prenda, en caso de que exista deterioros en la prenda, por culpa del acreedor, deberá responder por ellos (Código Civil, 2005, artículo 2296).

##### **ii. Derechos del acreedor**

Somarriva (1943) señala que los derechos del acreedor prendario son: “el de retención, el de venta, el de reivindicación, exigir a éste que le indemnice por los perjuicios y gastos ocasionados por la tenencia de la prenda” (citado por Larrea 2002, p. 238).

La retención de la prenda es el derecho esencial del contrato de prenda, en el ámbito civil constituye el perfeccionamiento del contrato de prenda, en la prenda mercantil no siempre es necesario dar la cosa, inicia cuando el deudor cede la tenencia del bien prendado, al mismo tiempo este derecho es la base de los demás derechos y obligaciones. Su importancia radica en que si el deudor desea recuperar el bien prendado debe cumplir con su obligación (Azüero, 1968, p.151).

El acreedor tiene derecho a utilizar los frutos de la prenda e imputarlos como pago de la deuda, siempre respondiendo el sobrante (Código Civil, 2005). En cuanto al derecho de reivindicación se ejerce cuando el acreedor ha perdido la tenencia de la prenda y desea recuperarla, sin importar a cargo de quien se encuentre la cosa, incluyendo el deudor (Paz y Miño, 1991, p. 196).

El acreedor tiene derecho a la venta del bien y adjudicación del pago, siempre y cuando el deudor este en mora, el bien se podrá vender en subasta pública; y así, el acreedor cobrará hasta el monto de su crédito (Salgado, 2002, p.306). En caso que una vez vendida y adjudicada, no alcanzara a cubrir la obligación, se debe imputar primero los costos y los intereses (Código Civil, 2005).

#### **e) Obligaciones y derechos del deudor**

##### **i. Obligaciones del deudor**

El deudor tiene la obligación de restituir al acreedor los gastos en lo que haya incurrido para conservar la cosa prenda (Código Civil, 2005, art. 2298).

##### **ii. Derechos del deudor**

El principal derecho del deudor es la restitución del bien prendado; sin embargo, es un derecho condicional, pues primero debe cumplir con la obligación principal, una vez cumplida, el acreedor debe entrega al deudor la prenda.

El deudor tendrá derecho a exigir al acreedor una indemnización en caso que la prenda este deteriorada o dañada por culpa del acreedor, así mismo, en caso de abuso de la prenda por parte del acreedor, el deudor puede solicitar la restitución inmediata de la cosa prendada (Cuenca, 2011, p. 117).

Otro derecho del deudor es que se le permita la sustitución del bien prendado por otro, siempre que este cambio no perjudique al acreedor (Código Civil, 2005, art. 2298). Esto tiene mucho que ver con el avalúo de la cosa prendada y el bien que la reemplazará, en la prenda, ya que ambos deberán tener aun avalúo similar, si la cosa que se sustituirá es de menor precio que la prenda actual, se perjudicará al acreedor.

#### **f) La acción como prenda**

La acción al ser un título valor nominativo es sustituible a ser constituido en un bien prendado, lo que es permitido y regulado por el Código de Comercio y la Ley de

Compañías. La Ley de Compañías establece que cuando se constituya las acciones como prendas, se debe anotar en el libro de Acciones y Accionistas (Ley de Compañías, 1999).

En cuanto a los derechos y obligaciones del deudor prendario, se determina que ejercerá los derechos que nacen por la titularidad de las acciones, incluyendo recibir los dividendos, a menos que se pacte lo contrario (Ley de Compañías, 1999).

La acción dada en prenda es un mecanismo de exigibilidad de los pactos parasociales en general, es decir, sin importar el tipo de pacto, las acciones prendadas garantizan el cumplimiento de la obligación adquirida que se encuentra plasmada en un acuerdo parasocial; sin embargo, es importante tener en cuenta a favor de quien debe ser constituida la prenda, en caso de los pactos parasociales de relación y organización, debe ser a favor de los accionistas restantes que forman parte del acuerdo parasocial, pero en los pactos parasociales de atribución, la prenda debe ser a favor de la sociedad.

Por otro lado en el sindicato de acciones, para la actuación conjunta de los accionistas, el deudor prendario ejercerá los derechos económicos; y, el acreedor prendario ejercerá los derechos políticos de las acciones prendadas. Como recomendación para asegurar el cumplimiento del pacto parasocial, los accionistas deberían prenda las acciones a favor de un procurador común del sindicato, para que este sea quien ejerza los derechos políticos de las acciones prendadas (Peña, 2017, p.41).

En concordancia con Peña, Paz-Ares (2003) menciona que:

La prenda sobre las acciones sindicadas se constituye en favor del sindicato de accionistas en garantía de las obligaciones asumidas mediante el pacto de sindicación. Como el sindicato carece de personalidad jurídica, cada uno de los accionistas sindicados será acreedor pignoraticio frente a los restantes accionistas sindicados en lo que constituiría un supuesto de co-titularidad del derecho de prenda. (p.30)

Para mayor eficacia de los pactos parasociales sobre el voto, es necesario constituir un sindicato, el mismo que debe nombrar un síndico común, quien cumplirá con el objeto del pacto y votará a nombre todos los socios, que integran el sindicato. Si la

prenda es a favor del síndico común se debe pactar que será el síndico común quien ejercerá los derechos políticos, ya que en el artículo 194 de la Ley de Compañías establece que, a pesar de que las acciones sean prendadas, el deudor prendario ejercerá sus derechos patrimoniales y políticos, salvo pacto en contrario.

### **3.3.3 Hipoteca**

#### **a) Definición**

La hipoteca es un derecho real, que grava a los bienes inmuebles, el mismo que se mantendrá en posesión y tenencia del deudor, otorgándole al acreedor la facultad de perseguir al bien, sin importar quien tenga la posesión, tenencia y dominio del mismo, para hacer efectivo su garantía (Paz y Miño, 1991, p. 216).

Alessandri (1919) menciona que:

La hipoteca es un derecho real, que se confiere a un acuerdo sobre un inmueble, de cuya posesión no es privado su dueño, para asegurar el cumplimiento de una obligación principal y en virtud del cual el acreedor, al vencimiento de dicha obligación, puede pedir que la finca gravada, en cualesquiera manos que se encuentre, se venda en pública subasta y se la pague con su producido. (citado por Díez, 2012 p.18)

La hipoteca constituye un aseguramiento para el cumplimiento de una obligación adquirida mediante la entrega en garantía de un bien inmueble, de modo que, en caso de incumplimiento, el acreedor puede pedir su venta para que con ese producto se cubra el crédito (Grupo Latino Editores Ltda, 2008, p.1010)

Código Civil define a la Hipoteca como” un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor” (Código Civil, 2005, art. 2309).

#### **b) Características**

El contrato de hipoteca es solemne, ya que siempre recae sobre bienes inmuebles, por lo que se debe celebrarse mediante escritura pública (Díez, 2012, p. 44).

Es un contrato real, ya que la obligación es respecto a la cosa y no a la persona, el bien puede cambiar de dominio, sin que el acreedor sea perjudicado, así mismo, es un contrato accesorio al igual que la fianza y la prenda, pues asegura el cumplimiento de una obligación principal, siguiendo la suerte de su contrato.

Salgado (2002) menciona que la celebración del contrato de hipoteca es independiente a la celebración del contrato principal, ya que puede llevarse a cabo en cualquier instante, sea antes o después del contrato principal, pero tiene efectos jurídicos desde su inscripción (p.315).

La hipoteca es indivisible, ya que garantiza la totalidad de la deuda y aunque la obligación sea divisible, la hipoteca no lo es, se refiere como institución jurídica de garantía, puesto que a pesar que el bien en el que recaiga la hipoteca sea divisible, la hipoteca sigue sin serlo (Larrea, 2002, p. 270).

El contrato de hipoteca es unilateral, pues no existen obligaciones correlativas entre los contratantes, sino que únicamente el contrato constituye una garantía para el cumplimiento de la obligación principal (Gaceta Judicial, serie iii, N°73, p. 1819, de 17 de marzo de 1915).

Es un contrato registrable, para que surta efectos, debe estar inscrito en el Registro de la Propiedad dependiendo de la jurisdicción en la que se encuentre el bien inmueble que se va a grabar (Barreiro, 1985, p.445).

### **c) Derechos del acreedor**

El acreedor tiene derecho de persecución, es decir, puede hacer efectiva su garantía, sin importar si el bien ha pasado al dominio de una tercera persona, lo que resalta su carácter de real, pues la hipoteca recae sobre el bien sin importar la persona que tiene el dominio, tenencia o posesión del mismo (Cuenca, 2011, p. 190).

#### **d) Objetos en los que puede recaer la hipoteca**

La hipoteca versa sobre bienes inmuebles, así como aquellos bienes muebles que por accesión se reputan inmuebles, la hipoteca se extiende a los aumentos y mejoras del bien inmueble. De la misma forma, se puede hipotecar minas y canteras pero no incluye los frutos ni sustancias minerales que son separadas (Código Civil, 2005).

Así mismo, las naves, inscritas en el registro de naves, pueden ser objeto de una hipoteca incluyendo las partes que la integran como la maquinaria, equipos de navegación y otros similares (Código de Comercio, 2019).

#### **e) La hipoteca aplicada a los pactos parasociales**

Mediante la hipoteca se busca asegurar el cumplimiento de una obligación principal, por lo cual se puede utilizar como garantía de cualquier tipo de pacto parasocial, es importante saber a favor de quien se establece la hipoteca, en los pactos parasociales de relación y organización se lo debe hacer a favor de los demás socios que forman parte del pacto parasocial, pero en el pacto de atribución se debe constituir a favor de la sociedad.

El beneficio de la hipoteca, es que además de garantizar el cumplimiento del acuerdo parasocial, recae sobre el bien inmueble, independientemente de quien sea el propietario, por lo cual no interesa si el socio deja o no de ser el propietario, pues en caso de incumplimiento de igual forma se podría ejecutar la hipoteca.

Es recomendable utilizar la hipoteca en los pactos de atribución, específicamente aquellos que tienen que ver con financiación a la compañía, en el cual los socios se comprometen a financiar a la sociedad, ya sea para nuevos proyectos, aumentos de capital o asumir pérdidas, por lo general la obligación consiste en dar una cantidad de dinero determinada, la hipoteca es una institución jurídica ideal para garantizar este tipo de pacto parasocial.

### **3.4 Cláusula de mediación**

#### **3.4.1 Definición**

La mediación es un proceso, en el cual un tercero imparcial, llamado mediador, ayuda a las partes del conflicto a encontrar de forma cooperativa una solución que beneficie a todas las partes (Highton y Álvarez, 1995, p. 195).

Castillo (2018) define a la mediación como:

Una alternativa voluntaria, no obligatoria, muy fiable, sencilla, rápida y menos costosa, para la solución de conflictos de toda índole, con la ayuda de un mediador imparcial, profesional y especializado en la materia, que, mediante el diálogo, logra un acuerdo definitivo a sus conflictos. (p.2)

La mediación es un proceso, en el cual interviene una persona imparcial, a petición de parte, asistiendo a una audiencia, donde se plantea el conflicto de interés y de forma colaborativa se trata de convenir una decisión satisfactoria para las partes (Caram, Eilbau, y Risolía, 2014, p.17).

Moore (1995) define a la mediación como una intervención en una negociación, con una tercera persona neutral, que no impone una decisión, sino que ayuda a las partes a encontrar una solución recíprocamente aceptable (citador por Schilling, 2005, p.11).

La ley de arbitraje y mediación define a la mediación como “un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto” (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, art. 43).

De los apartados anteriores se puede concluir que la mediación, es un mecanismo extrajudicial, un procedimiento alternativo de solución de conflictos, en el cual además de las partes contractuales, está un tercero imparcial llamado mediador, lo esencial de la mediación es que el mediador es solo un guía en la audiencia, quienes buscan la solución a su problema son las partes.

### 3.4.2 Características

La principal característica de la mediación es su voluntariedad, ya que las partes deben concurrir de forma libre, sin coerción, si una de ellas no asiste, o a la final no llegan a un conceso, no hay mediación, en cuyo caso deberán resolver su conflicto por vía judicial (Zurita, 2005, p. 40).

Una de las características de la mediación es su legalidad, ya que constituye un proceso alternativo de solución de conflictos, reconocido por la Constitución, cuyo procedimiento se aplicará con sujeción a la ley que lo regula (Constitución, 2008, art. 190).

Debe realizarse ante un mediador de un centro de mediación o un mediador independiente legalmente autorizado, quien guiará la audiencia de mediación y firmará el acta con el que concluye el proceso de mediación (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006 Art. 48).

Castillo (2018) menciona que la mediación es “extrajudicial, es decir, fuera del proceso judicial; sin embargo, cuando las partes firmen el acta de mediación, ésta tendrá efecto legal (sentencia ejecutoriada)” (p. 18).

Otra característica es la flexibilidad del procedimiento, pues suprime ciertas formalidades y solemnidades existentes en otros procesos judiciales, lo que se trata es que el mediador pueda desenvolverse con cierta libertad, lo que no implica que actúe de forma desordenada; así mismo, se espera que la audiencia se desarrolle con espontaneidad, lo que no equivale a improvisación, ya que existe un esquema que debe seguir (Caram, Eilbaum, Risolía, 2014, pp. 37-39).

Es de carácter confidencial, lo que se trate dentro de la audiencia de mediación es información reservada, por lo que el mediador y ninguna persona puede divulgarlo, así

como se debe guardar silencio sobre lo conversado en las audiencias individuales que se realizan dentro del proceso de mediación (León, 2013, p. 32).

### **3.4.3 Ventajas**

Una de las ventajas es la celeridad del proceso, dura poco, ya que, si las partes se ponen de acuerdo y encuentran una solución satisfactoria para ambas, la mediación podría durar únicamente una audiencia, a diferencia de los procesos ordinarios que duran años por la carga procesal que tienen los juzgados (León, 2013, p. 31).

Highton y Álvarez (1995), mencionan que otra de las ventajas de la mediación es que “son las partes las que se encuentran frente a frente, entre sí y con una tercera persona especialmente entrenada que los ayuda a encontrar juntos una solución a su conflicto” (pp. 196 – 197).

Si se firma un acta de mediación, con todas las formalidades y solemnidades, ventajosamente es una solución definitiva, ya que tiene carácter de sentencia ejecutoriada; y, no es posible interponer recurso como la apelación o casación. (Castillo, 2018, p. 14).

### **3.4.4 Actas de mediación**

La Ley de Arbitraje y Mediación establece que “el procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo” (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, art. 47).

En el primer caso (acuerdo total), el acta debe contener los hechos, así como el acuerdo que llegaron las partes, especificando las obligaciones de cada una de ellas, finalmente deben estar firmadas por el mediador y las partes. El acta de mediación tiene efecto de sentencia ejecutoriada, por lo que el juez únicamente puede ejecutarla, más no discutir el contenido del convenio (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, art. 47).

En el segundo caso (acuerdo parcial), las partes pueden ir ante la justicia ordinaria para discutir sobre aquellos puntos que no se pudieron mediar (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, art. 47).

Finalmente, en el tercer caso (imposibilidad de acuerdo), a pesar de la intervención de un mediador, y de los esfuerzos por encontrar un acuerdo, que sea satisfactorio para las partes, no es posible llegar a un consenso, se suscribe un acta de imposibilidad de acuerdo. Existe otra forma de llegar al acta de imposibilidad de acuerdo y es por inasistencia de una de las partes a la audiencia, la primera vez de inasistencia se suspende la audiencia y se hace una segunda convocatoria, en caso de que no asistan nuevamente, se levanta un acta de imposibilidad de acuerdo (León, 2013, p. 44).

En el pacto parasocial, se puede incluir una cláusula de mediación, en caso de incumplimiento de la obligación, lo que como ya vimos resulta ventajoso a comparación de un juicio ordinario.

### **3.5 Exclusión del socio**

Ramírez (2012) define a la exclusión de socios como “la separación forzada, contra la voluntad, de la compañía, por causales previstas en la Ley” (p. 252).

Mercado (2002) señala que la exclusión de un socio es un acto resolutorio de la Junta General, mediante el cual, se decide extinguir la relación de un socio con la sociedad, siendo de forma forzosa, como sanción por haber realizado un causal determinada para la exclusión forzosa de un socio (citado por Echaiz, 2012,p.149).

Zunino (1987) menciona que para que se dé la exclusión de un socio, la causa debe estar determinada en la ley o a su vez en el contrato social o estatutos de la compañía, de tal manera que se extinga el contrato social solo para un socio y no para los demás (Cabanellas, 1997, p. 69).

En la Ley de Compañías hace mención a la exclusión de socios únicamente en la compañía de responsabilidad, estableciendo las siguientes causales:

1. El socio administrador que se sirve de la firma o de los capitales sociales en provecho propio; o que comete fraude en la administración o en la contabilidad; o se ausenta y, requerido, no vuelve ni justifica la causa de su ausencia;
2. El socio que interviniera en la administración sin estar autorizado por el contrato de compañía;
3. El socio que constituido en mora no hace el pago de su cuota social;
4. El socio que quiebra; y,
5. En general, los socios que falten gravemente al cumplimiento de sus obligaciones sociales (Ley de Compañías, 1999, art. 82).

Para excluir a un socio se tiene que seguir un procedimiento establecido en la ley: primero, la exclusión de un socio debe ser acordada por la Junta General de socios, su decisión será debido al cumplimiento con una o varias causales de exclusión de socio; segundo, corresponde hacer la liquidación y devolución de su aporte al capital social; tercero, la exclusión de socio y la disminución de capital se tiene que hacer mediante escritura pública y posteriormente su inscripción en el Registro Mercantil (Ramírez, 2012, p.254).

El socio excluido tiene derecho a la devolución de su aporte, con el valor dado a las acciones en la fecha que ocurra la exclusión, así como seguir participando de los beneficios y pérdidas de la sociedad (Cabanellas, 1997, p.69).

En nuestra legislación solo reconoce la exclusión de socios de la compañía de responsabilidad limitada; sin embargo, en caso de las compañías anónimas, en el estatuto se puede pactar las causales por las cuales se puede excluir a un socio. Para mejor explicación, se expondrá un caso, de exclusión de socio en una compañía anónima.

En Perú, en el año 2000, Ireneo Campos presento una demanda contra Molinera Tocache S.A, cuya pretensión es que se declare el cese de vulneración de su derecho de propiedad y se le restituyan sus acciones (Echaiz, 2012, pp. 142-143).

Hechos:

El artículo 20 del estatuto de Molinera Tocache S.A establece que en caso de que un accionista que realice actos dolosos o culposos que perjudiquen la sociedad; o, desarrolle

actividades contrarias a la compañía, será excluido automáticamente. El 18 de diciembre de 1998, se lleva a cabo una Junta General, en la que deciden excluir al señor Ireneo Campos, por haber incurrido en el artículo 20 del estatuto de la compañía, posteriormente la decisión se inscribió en el Registro Mercantil el 5 de enero de 1999 (Echaiz, 2012, p. 143).

La demanda fue presentada el 20 de noviembre del 2000, fue desechada por caducidad; sin embargo, analicemos los fundamentos. La parte actora sostiene que no fue convocado a la Junta General para tratar su exclusión como socio, tampoco fue notificado de su exclusión de socio, que lo conoció recién el 20 de noviembre del 2000. Por otro lado, el tribunal menciona que la decisión de exclusión de socio fue tomada por la Junta General, máximo órgano de la compañía, así mismo señala que el registro constituye una presunción de derecho por lo que no se admite prueba en contrario, además el notario público debió comprobar la legitimidad de los documentos presentados, entre ellos, la convocatoria a la Junta General de socios (Echaiz, 2012, pp.146-147).

## CONCLUSIONES

- Se puede concluir que los pactos parasociales son contratos entre privados, donde las partes son socios o al menos una de ellas ostenta la calidad de socio, entendiéndose como la condición o situación de una persona, mediante la cual se le atribuye determinadas obligaciones y derechos por ser titular de acciones de una compañía.
- Los pactos parasociales se caracterizan por ser contratos plurilaterales, autónomos, accesorios e intuitu personae. En algunas legislaciones de países como Brasil y Uruguay la publicidad es una característica que le dota de validez y exigibilidad no solo para las partes contractuales sino que hace al acuerdo parasocial oponible a terceros.
- Los pactos parasociales se dividen en tres grandes grupos: primero, los pactos de relación, mediante los cuales se regulan las relaciones entre socios de forma independiente a la sociedad; segundo, los pactos de atribución, los cuales se celebran en beneficio de la sociedad y, tercero, los pactos de organización, aquellos en que los socios buscan organizarse para obtener el control de la sociedad.
- Drag Along o derecho de arrastre consiste en que los accionistas minoritarios se comprometen a vender sus acciones en caso de que el promitente comprador desee adquirir la totalidad de acciones; en cambio, el Tag Along o derecho de acompañamiento es un acuerdo en el cual un socio minoritario se puede adherir a una venta de acciones por parte de los socios mayoritarios, dentro de estos pactos existe la posibilidad de incluir en el contrato una cláusula que asegure el cumplimiento del acuerdo, en el Drag Along se llama Call y en el Tag Along es el Put, en la primera, en caso de incumplimiento, el socio que incumplió deberá

vender sus acciones al otro socio en un valor menor al acordado, la segunda, consiste en que la parte que incumpla el contrato debe comprar las acciones del otro socio, el valor puede ser mayor al pactado.

- Por otro lado el sindicato de bloqueo o lock up es un pacto que radica en restringir la libre transmisibilidad de acciones, en el cual el accionista que desee vender sus acciones tiene que comunicar a la Junta General sobre la posible venta de acciones, con el fin que esta se pronuncie admitiéndola o rechazando en cuyo caso debe ser motivada, además el sindicato de bloqueo se puede convertir en un garante de los otros pactos, es decir, el socio no podrá transmitir sus acciones, en caso de incumplimiento de algún pacto parasocial.
- El pacto sobre el derecho de suscripción preferente se lo realiza con el fin de no perder la mayoría en la Junta General, lo que puede causar perjuicio al momento de tomar decisiones; así como, bloquear la entrada de nuevos socios a la compañía, para tal efecto se incluye una cláusula llamada pay to pay o también conocida como aportación forzosa, mediante la cual los socios se comprometen a suscribir todas las emisiones de acciones, en caso de incumplimiento el socio en un futuro no podrá ejercer el derecho a la suscripción preferente. A pesar de esto, existe otra cláusula completamente diferente a la pay to pay, esta es preemptive right, consiste en la renuncia voluntaria del socio al derecho de suscripción preferente, siempre que se cumplan ciertas condiciones establecidas en el pacto como la necesidad de la compañía por tener un nuevo inversionista.
- La legislación ecuatoriana establece al derecho preferente como un derecho fundamental del accionista y cualquier acuerdo que lo restrinja será nulo, a menos que el accionista renuncie a su derecho de forma voluntaria, por lo cual la cláusula

preemptive right, al consistir en la renuncia voluntaria por parte del accionista, es perfectamente válida; en cambio, la cláusula pay to pay tiene validez solo si se excluye la parte en que el accionista que incumpla no podrá ejercer el derecho preferente en un futuro.

- Dentro de los pactos de organización, el más importante es el pacto sobre el voto, en el cual los socios se comprometen a votar en la Junta General de una forma o dirección determinada, para mayor eficacia del pacto parasocial sobre el voto se puede conformar un sindicato que nombre un síndico común, es decir, un representante que vote por los socios en la Asamblea General.
- Los pactos parasociales sobre el voto en el Ecuador son nulos por contravenir expresamente con el artículo 210 de la Ley de Compañías.
- Los pactos de no competencia tienen la finalidad de proteger a la sociedad y sus secretos empresariales, ya que los socios acuerdan no desarrollar actividades similares a las de la compañía.
- Existen herramientas jurídicas que se pueden utilizar para garantizar el cumplimiento de los pactos entre ellos están: la cláusula penal, la autotutela, la caución, la mediación y la exclusión de un socio.
- La cláusula penal es una pena que es acordada por las partes contractuales en caso de incumplimiento, o de cumplimiento retrasado, su principal función es garantizar el cumplimiento de la obligación principal, otros autores afirman que es una sanción por incumplimiento, pero no constituye una indemnización, el Código Civil establece que el acreedor puede pedir la cláusula penal o la indemnización por perjuicio, excepto si se pacta lo contrario, cuyo resultado sería la acumulación de indemnización por perjuicios y la cláusula penal.

- Dentro de la caución, está la fianza, la prenda y la hipoteca, las mismas son figuras que aseguran el cumplimiento de una obligación principal, la primera es de índole personal, la segunda y tercera son de índole real.
- Las acciones pueden llegar a constituirse como prenda, siendo una garantía para el cumplimiento de la obligación acordada en el pacto parasocial, cabe recalcar que el deudor prendario ejercerá los derechos políticos y patrimoniales, salvo pacto en contrario, por lo cual es preferible que en cuanto a los pactos parasociales se cree un sindicato que nombre un síndico común quien ejercerá los derechos políticos de los deudores prendarios.
- La mediación es un método alternativo de solución de conflictos, por medio del cual las partes llegan a un acuerdo que debe quedar establecido en el acta de mediación, con las respectivas firmas, el mismo que tiene efecto de sentencia ejecutoriada, por lo que no se puede interponer recurso alguno, además la mediación es ventajoso ya que es un medio mucho más rápido para resolver el conflicto.
- La exclusión de un socio está prevista en la Ley de Compañías únicamente para compañías de responsabilidad limitada, en cuanto a las compañías de sociedad anónima no establece nada; sin embargo, en los estatutos de la sociedad se puede establecer las causales de la exclusión de un socio.

## RECOMENDACIONES

- En el pacto Drag Along se debe incluir la opción de venta o también llamada cláusula call, así como el Tag Along de contener la opción de compra o put, para precautelar el cumplimiento de la obligación.
- Utilizar el pacto de restricción a al libre transmisibilidad de acciones como una garantía para asegurar el cumplimiento de otros pactos parasociales.
- En el artículo 210 de la Ley de Compañías (1999) se debe derogar la siguiente parte: “Es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas que tengan derecho a votar”.
- En los pactos parasociales sobre el voto es mejor que sea ejercido mediante un síndico, para mayor eficacia, así ningún socio podrá votar diferente a lo acordado en el pacto.
- La cláusula penal debe estar dentro del contrato, estableciendo que en caso de incumplimiento el acreedor deberá percibir tanto la cláusula penal como la indemnización por perjuicio, de igual forma es esencial que se detalle en cuanto al incumplimiento parcial, es decir, en caso de cumplimiento incompleto o cumplimiento tardío, ya que si no está especificado en el contrato será el juez quien decidirá sobre el pago de cláusula penal en aquellos casos.
- En los pactos parasociales se debe incluir una cláusula, en la que las partes renuncian a resolver el conflicto en justicia ordinaria y se comprometen a sujetarse a la mediación, como método alternativo de solución. Así mismo, se debería especificar el mediador ante el quien se presentará el caso.
- En cuanto a la exclusión de socios, debería haber una reforma a la Ley de Compañías, que habrá la posibilidad de excluir a socios en las compañías de

sociedad anónima, puesto que únicamente regula la exclusión de socios en compañías de responsabilidad limitada.

- Como recomendación final, se debería incluir un apartado en la Ley de Compañías que regule los pactos parasociales, dentro de la cual se establezca que los órganos administrativos de la compañía puedan exigir el cumplimiento de los pactos parasociales, so pena de sanción a quienes incumplan.

**BIBLIOGRAFIA**

- Azuero, A. (1968). *Apuntamientos Generales sobre las Garantías del Acreedor con Estudio Particular del Contrato de Prenda en Derecho Civil Colombiano*. Bogotá, Colombia: (Pontificia Universidad Javeriana/ Facultad de Derecho y Ciencias Socioeconómicas, disertación para optar al doctorado en derecho).
- Barreiro, E. (1985). *Manual jurídico para empresas*. Buenos Aires, Argentina: ABELEDO-PERROT.
- Becerra, H. (2010). *Derecho Comercial de los Títulos Valores*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrinaria y ley LTDA.
- Broseta, M. (1963). *Restricciones estatutarias la libre transmisibilidad de acciones*. Madrid, España: Editorial Tecnos, S.A
- Brunetti, A. (2002). *SOCIEDADES MERCANTILES. Tomo1 Aspectos generales de una sociedad*. México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Cabanellas, G. (2012). *Diccionario de Ciencias Jurídicas*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L
- Cabanellas, G., Palazzi, P., Sanchez, A., Serebrinsky, D. (2014). *Derecho de la competencia desleal*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Caram, M., Elibaum, D., Y Risolía M. (2014). *Mediación. Diseño de una práctica*. Buenos Aires – Bogotá: ASTREA
- Castillo, R. (2018). *LA MEDIACION*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicación.
- Castro, M. (2011). *Derecho de las obligaciones. Tomo 1*. Bogotá, Colombia: Editorial temis
- Cevallos, V. (2005). *CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES*. Tomo 1. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.

Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), (2015). *Resoluciones de la Superintendencia de Compañías*. Quito, Ecuador.

Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), (2015). *Doctrinas jurídico societarias de la Superintendencia de Compañías*. Quito, Ecuador.

Dávila, Cesar. (2008). *Derecho Societario*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Delgado Castro, J., Palomo Vélez, D., & Delgado, G. (2017). AUTOTUTELA, SOLUCIÓN ADECUADA DEL CONFLICTO Y REPOSSESSION: REVISIÓN Y PROPUESTA. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 24(2), 265-289.

Di Chiazza, I., Van Thienen, P. (2006). El derecho de compra preferente como restricción la transferencia de acciones análisis económico y jurídico: *Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica* (221), 707-730.

Díez, Raúl., (2012). *La Hipoteca*. Santiago de Chile, Chile: Editorial El Jurista.

Durrillo, M., (2018) *TRATAMIENTO FISCAL DEL CROWDFUNDING EN ESPAÑA*. Universidad de Sevilla DOBLE GRADO EN ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS Y DERECHO. Sevilla-España. Recuperado de [https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/87435/Tratamiento\\_fiscal\\_del\\_crowdfunding\\_en\\_espana.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/87435/Tratamiento_fiscal_del_crowdfunding_en_espana.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Echaiz, D., (2012). *Manual Societario*. Segunda Edición. Perú: Grijley E.I.R.L

Gagliardo, M. (2005). *Cuestiones Societarias*. Buenos Aires, Argentina: LexisNexis.

Ganga, F., y Vera, J., (2008). Cuadernos de Administración, vol.21. *El gobierno corporativo: consideraciones y cimientos teóricos*. pp. 93-126. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/205/20503505.pdf>

García, L. (2012). *Teoría General del Proceso*. México: Red Tercer Milenio.

- Gil, J., (1994). *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*. Ministerio de Justicia.
- Giménez-Salinas Abogados (2019). *La eficacia de los pactos de socios*. Recuperado de: <http://gimenez-salinas.es/wp-content/uploads/2019/12/Art&C3%ADculo-pactos-parasociales-2.pdf>
- González, M., y Tomasello L., (s.f). *La utilización de opciones en los pactos de accionistas de las sociedades anónimas*. Recuperado de [http://estudiosdeadministracion.unegocios.cl/estudios/Collection\\_files/E\\_A\\_2004\\_Vol11\\_N2\\_Gonzalez.pdf](http://estudiosdeadministracion.unegocios.cl/estudios/Collection_files/E_A_2004_Vol11_N2_Gonzalez.pdf)
- Grupo Latino Editores LTDA. (2008). *Diccionario Hispanoamericano de Derecho*. Bogotá, Colombia.
- Haleprín. I. (1982). *Curso de Derecho Comercial*. Buenos Aires, Argentina.
- Highton, E., y Álvarez, G., (1995). *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires, Argentina: AD-HOC S.R.L.
- Hundskopf-Exebio, O. (2018). Los convenios que contienen derechos de seguimiento y/o derechos de arrastre dentro del marco legal de los convenios parasociales. *Revista Athina*, (011), 159-180.
- Josserand, L., (2008). *Teoría General de las Obligaciones*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Parlamento Ltda.
- Larrea, J., (2002). *Derecho Civil del Ecuador XIV. Contratos: préstamos, garantías, depósitos, transacción, aleatorios*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ledesma, M., (2013). Conflicto, autotutela y control jurisdiccional. *Ius et Veritas*, 23(46), 204-219.
- León, F., (2013). *Teoría y Práctica De La Mediación*. EDICIONES CARPOL.

- León, F., (2002). *Elementos de incumplimiento de obligaciones*. Quito, Ecuador: Editorial jurídica del Ecuador.
- LEXUNION. (2017). *Los derechos de “Drag Along” y “Tag Along”*. España. Recuperado de: [http://www.sirventygranados.com/wp-content/uploads/2017/10/NewsLexunion\\_4\\_2017.pdf](http://www.sirventygranados.com/wp-content/uploads/2017/10/NewsLexunion_4_2017.pdf)
- Marín, F (2009). *Títulos valores Documentos Comerciales Negociables*. Quito, Ecuador: Tercera Edición.
- Marín, I., (2008). Cláusula penal: la facultad moderadora del juez. Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra. *InDret Revista* 55. Barcelona-España
- Martínez, J., (2017). *Los pactos parasociales*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, España.
- Moreno, D., (2012). “*LOS SINDICATOS DE BLOQUEO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS*” (Trabajo de tesis doctoral) UNIVERSIDAD DE SEVILLA. Sevilla, España.
- Moreno, D., (2020). El derecho de suscripción preferente. *Lex-revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 187-210.
- Nissen, R., (2001). *Curso de Derecho Societario*. Buenos Aires, Argentina: AD-HOC S.R.L.
- Paz y Miño. O., (1991). *Caución en el Derecho Civil Ecuatoriano*. Quito, Ecuador: Corporaciones de estudios y publicaciones.
- Peña, D., (2017). *Validez del convenio de accionistas en Ecuador*. (Tesis de Posgrado). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador.
- Peña, L (2016). *De los Títulos Valores*. Bogotá, Colombia: ECOE Ediciones.
- Peña, R., (2007). *Teoría General del Proceso*. Bogotá, Colombia: Eco Ediciones.

- Pérez, Bustamente y Ponce. (2015). *Drag y tag along: Mecanismos para brindar protección a los socios o accionistas*. Recuperado de: <https://www.pbplaw.com/es/drag-y-tag-along-proteccion-socios-accionistas/>
- Piñeros, A. (2015). Validez, eficacia y oponibilidad de los pactos para-sociales de acuerdo a la legislación colombiana vigente. Tesis de Bachelor, Universidad EAFIT.
- Puentes, R., Velasco M., y Vilar J., (2009). Revista de Estudios Cooperativos REVESCO. *EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS*, pp. 118-140. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/367/36711444005.pdf>
- Quadra-Salcedo, T., (s/f). *Lección 6 La Autotutela Administrativa*. Catedra de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid.
- Ramírez, C., (2012). *Manual de práctica societaria*. Cuarta edición. Loja, Ecuador.
- Reggiardo, A., (2011). Los mecanismos de salida de las inversiones en el mercado de capital privado (private equity) y la experiencia peruana. Revista *Advocatus*, (025), 181-192.
- Rodriguez, J., (s.f). Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil. Recuperado de: [file:///C:/Users/Admin/Downloads/Dialnet-SobreLaClausulaPenalEnElCodigoCivil-46796%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Admin/Downloads/Dialnet-SobreLaClausulaPenalEnElCodigoCivil-46796%20(1).pdf)
- Román, M., (2010). *El Derecho de impugnación de acuerdos societarios*. Perú: GRIJLEY E.I.R.L.
- Sáez, M., y Bermejo, N., (2007). Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad. *InDret Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, España.
- Sáez, M., (2009). Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces. *InDret Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, España.

- Salgado, F., (2002). *Instituciones de Derecho Civil. Fuentes de las obligaciones V*. Quito, Ecuador: Editorial Letramía.
- Salgado, R., (2015). *Tratado de Derecho Empresarial y societario*. Tomo II. Volumen 1.
- Salgado, R., (2015). *Tratado de Derecho Empresarial y societario*. Tomo II. Volumen 2.
- Salgado, R. (2015). *Voces conceptuales de Derecho Societario*. Tomo 1. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Sánchez, M. (2010). Régimen jurídico de la empresa familiar. Civitas Thomson Reuters.
- Schilling, T., (2005). *Manual de Mediación. Resolución de conflictos*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Cuatro Vientos.
- Tamayo. A. (1990). *Manual de Obligaciones*. Cuarta edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Velásquez, H., (2010). *Estudio sobre obligaciones*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Zurita, G., (2005). *MANUAL DE MEDIACIÓN Y DERECHOS HUMANOS*. Tercera Edición. Centro de Mediación de la Superintendencia de Compañías.