



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

VIABILIDAD JURÍDICA PARA LA APLICACIÓN DE ACUERDOS
PARASOCIALES EN LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA ECUATORIANA

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la
República.

Profesor Guía
MsC. José Gabriel Terán Naranjo

Autora
María Belén Velasco Amores

Año
2017

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

José Gabriel Terán Naranjo
Master Universitario en Abogacía
C.C. 0502272792

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Miren Josune Torrontegui Martínez

Maestro en Ciencias Políticas con mención en Políticas Comparadas de los
Países Andinos

C.C. 1708057631

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

María Belén Velasco Amores

C.C. 1712731981

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por permitirme llegar a este momento tan importante en mi vida, y a recordarme que el tiempo de Dios es perfecto.

A mis padres, por entregarme las herramientas para luchar, y ayudarme a conseguir cada uno de mis sueños sin importar las circunstancias que se presenten. Papito gracias por no dejarme sola ni en los momentos más difíciles y confiar en mí. Mamita gracias por ayudarme a cumplir mis metas.

A mis hermanas, por ser mis amigas incondicionales y por estar siempre a mi lado apoyándome.

A mi esposo, por ser mí amigo y no dejar que me rinda frente a los retos de la vida, por mostrarme que puedo lograr lo que me propongo.

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mis pequeños ángeles, Benjamín y Thomas, por enseñarme que las cosas más sencillas de la vida son las que más te enriquecen. Les dedico mi trabajo para que siempre estén orgullosos de su mami.

Mi Michita, te dedico esta tesis porque sé que desde el cielo me cuidas y me guías para ser una profesional de éxito. Gracias por enseñarme a ser una mujer de temple que no se deja rendir ante nada.

RESUMEN

En Ecuador, la Ley de Compañías busca un correcto funcionamiento de sus distintas instituciones y una protección efectiva de los derechos reconocidos a todas las personas que emprendan operaciones comerciales dentro de este régimen. Un claro ejemplo de esta realidad son los pactos parasociales, siendo adoptados actualmente por grandes cantidades de legislaciones en todo el mundo, como por ejemplo en España, donde son utilizados en sociedades anónimas cotizadas, con la exigencia de ser objeto de publicidad. No obstante, la legislación ecuatoriana no trata específicamente la posibilidad de realizar pactos parasociales pero se refiere a la prohibición de realizar pactos reservados, dificultando evidenciar de forma clara la viabilidad de la celebración de pactos privados, fuera de lo determinado en las disposiciones estatutarias o las resoluciones de junta general en el seno de la sociedad.

Es así que en este trabajo se realizará un estudio exhaustivo sobre los pactos parasociales, su naturaleza jurídica, tipología y sobre cómo podría alcanzarse en la legislación societaria ecuatoriana la eficacia jurídica de los acuerdos parasociales.

Palabras claves: acuerdos parasociales, derechos societarios, obligaciones, contratos, compañías de accionistas, sociedad.

ABSTRACT

In Ecuador the Companies Act seeks to correct operation of its various institutions and effective protection of the rights granted to all persons to undertake commercial operations within this regime. A clear example of this reality are the side agreements, currently being adopted by large amounts of legislation worldwide, including in Spain, where they are used in listed companies, with the requirement to be advertised. However, Ecuadorian legislation but does not treat specifically the possibility of shareholder agreements but it refers to the prohibition of agreements reserved, making it difficult to demonstrate clearly the feasibility of holding private agreements outside determined in the statutory provisions or resolutions of general meeting within society.

Thus, in this paper a comprehensive study on shareholder agreements, their legal nature, type and how could be achieved in the Ecuadorian corporate legislation the legal effectiveness of shareholder agreements will be made.

Keywords: shareholder agreements, shareholder rights, obligations, contracts.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I. ESTUDIO DE LA NORMATIVA	
SOCIETARIA ECUATORIANA	3
1.1 Derecho societario en el Ecuador	3
1.2 Compañía Limitada.....	6
1.3 Sociedad Anónima.....	8
1.4 Derechos de socios y accionistas.....	10
1.5 Acuerdos Parasociales	11
1.6 Acuerdos parasociales en el Ecuador	12
2. CAPITULO II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS	
PACTOS PARASOCIALES	14
2.1 Naturaleza jurídica de los Pactos Parasociales	14
2.2 Antecedentes y Evolución de los Pactos Parasociales	21
2.3 Concepto Jurídico de Pacto Parasocial	22
2.4 Característica autonomía y accesoriadad de los pactos parasociales	24
2.5 Función de los Pactos Parasociales	26
2.5.1 Regulación: Intereses de los Socios	27
2.5.2 Función Interpretativa	27
2.5.3 Función de Protección Frente a la Opresión	28
2.6 Clasificación de los pactos parasociales.....	29
2.7 Eficacia de los acuerdos parasociales	32
2.7.1 Eficacia y oponibilidad	32
2.8 El mecanismo del <i>Enforcement</i> en los pactos parasociales.....	36
2.9 Acciones Generales ante el incumplimiento de los pactos parasociales	37

2.9.1 Acción de Cumplimiento	38
2.9.2 Cumplimiento Forzoso o Ejecución Forzosa	40
2.9.3 Acción de indemnización por daños y perjuicio	40
2.9.4 Acción de remoción	43
2.9.5 Resolución del acuerdo	45
2.9.6 Medios de Autotutela	46
2.10 Terminación del pacto parasocial	47
2.10.1 Duración	49
2.10.2 Otros supuestos de Terminación	50
3. CAPÍTULO III. LINEAMIENTOS PARA LA APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS PARASOCIALES EN LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA ECUATORIANA	53
3.1 Acuerdos Parasociales en la Legislación Ecuatoriana	53
3.2 Limitantes de la legislación societaria ecuatoriana en el uso de acuerdos parasociales	56
3.3 Eficacia jurídica de los acuerdos parasociales en la legislación societaria ecuatoriana	59
3.4 Importancia de la aplicabilidad de los pactos parasociales en la legislación del Ecuador	64
3.5 Viabilidad Jurídica en la aplicación de los pactos parasociales en la legislación del Ecuador	66
3.6 Los pactos parasociales en la legislación española	68
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	73
4.1 Conclusiones	73
4.2 Recomendaciones	74
REFERENCIAS	76

INTRODUCCIÓN

El debate que ha generado los pactos parasociales a nivel mundial en cuanto a su conceptualización, características y finalidad nos remonta a establecer la importancia de esta disciplina societaria para el derecho. En la actualidad, la dinámica de dicha disciplina ha provocado que en los diferentes ordenamientos jurídicos a nivel mundial, se encuentren en la búsqueda de armonizar sus normas internas de acuerdo a las exigencias que impone los acuerdos parasociales dentro de la dogmática jurídica.

Situación está que propone realizar un estudio del ordenamiento jurídico del Ecuador que permita verificar si la figura societaria de los pactos parasociales están contemplados en la misma, lo que nos permitirá diagnosticar en caso negativo la viabilidad de incorporar los acuerdos parasociales dentro del marco normativo del Ecuador como una forma de minimizar las lagunas jurídicas que se pudieran estar presentando producto de la no tipificación de esta figura jurídica que permite la regulación de los acuerdos privados suscritos los socios que integran una determinada sociedad.

El objetivo que se busca con la presente investigación será abrir una vía que permita que los acuerdos parasociales puedan ser utilizados de forma legal, amparados en lo que establece la norma. Aún más, con el estudio comparado que se realizará, se podrá verificar la eficacia del uso de estos pactos en otras legislaciones. En consecuencia, se demostraría que al viabilizar estos acuerdos en el Ecuador, se puede dar un mayor dinamismo al sistema societario ecuatoriano.

La investigación propuesta se desarrollará con la aplicación de un método analítico, mediante el cual se realizará un análisis y ordenación de los conceptos más relevantes que tengan vinculación con el derecho societario. Al mismo tiempo, se plantea hacer una investigación de las instituciones del derecho societario, como la junta general y los derechos reconocidos a socios y accionistas, se podrá analizar su alcance, finalidad y cómo se podrían aplicar

los acuerdos parasociales. Asimismo, el estudio se centrará en el responder el siguiente problema jurídico:

¿Cuál es la viabilidad jurídica respecto de la aplicación de los acuerdos parasociales en la legislación societaria ecuatoriana?

Planteándose entonces como objetivo general: señalar los lineamientos que permitan la aplicación de los acuerdos parasociales en la legislación societaria ecuatoriana.

Para lograr la meta principal de la investigación, este trabajo fue estructurado en tres capítulos. En el primer capítulo se establecerán los conceptos básicos del derecho societario ecuatoriano. Ya el segundo capítulo se centrará en definir y caracterizar los pactos parasociales, ahondado en su naturaleza jurídica, sus categorías, eficacia y formas de aplicación.

Finalmente, en el tercer capítulo se analizará las limitantes de la legislación ecuatoriana para el uso de los acuerdos parasociales, para luego estudiar cuál sería su eficacia jurídica de dichos pactos en este país. Tomando en cuenta que estos acuerdos entran en el ámbito de las obligaciones y tienen una naturaleza contractual se estudiarán ambas jurídicas y se disertará sobre su incumplimiento. A manera de cierre y como un ejercicio de derecho comparado se abordarán la regulación y desarrollo jurisprudencial de los acuerdos parasociales en la legislación española, para fortalecer el estudio con la experiencia del país ibérico.

1. CAPÍTULO I. ESTUDIO DE LA NORMATIVA SOCIETARIA ECUATORIANA

1.1 Derecho societario en el Ecuador

El derecho societario ecuatoriano tiene su base en el derecho romano, que conceptualizó a la sociedad como un contrato consensual por virtud del cual dos o más personas *socii* se obligan recíprocamente a poner en común bienes o actividades de trabajo para alcanzar un fin lícito de utilidad común.” (Iglesias, 2010, p. 85)

El derecho societario engloba un gran número de instituciones, entre las principales están los derechos y obligaciones que dan la pauta para el origen del contrato social como una institución jurídica. Como resultado de la celebración contrato social se origina una variedad de efectos jurídicos y varios derechos a los sujetos que son parte de contrato, es decir a los sujetos que realizan las operaciones mercantiles dentro de este segmento.

El artículo 1957 del Código Civil, sobre la sociedad, determina a que es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre si los beneficios que de ello provenga. La sociedad forma una persona jurídica, distinta a la de los socios individualmente considerados”. (Código Civil, 2005)

Por su parte, el artículo 1963 del Código antes mencionado diferencia las sociedades civiles de las mercantiles de la siguiente manera: “La sociedad puede ser civil o comercial. Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras sociedades son civiles”. (Código Civil, 2005)

Las sociedades mercantiles, a diferencia de las civiles, se rigen por el derecho societario. Este régimen tiene como finalidad el normar el desarrollo de las

actividades económicas y empresariales, así como la forma jurídica de instrumentación dentro del círculo de derechos que se reconocen a los sujetos que voluntariamente realizan actividades en conjunto con el fin de obtener lucro de esta asociación.

En este sentido, la Constitución de la República del Ecuador (CRE) establece en el artículo 66 que “Se reconoce y se garantiza a las personas: 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental” (Constitución del Ecuador, 2008). Esta disposición constitucional responde justamente a la libertad de asociación como un principio que está íntimamente ligado al tema objeto de estudio como lo son los pactos parasociales.

Son los lineamientos que establecen el derecho societario y la voluntad de las personas, que deciden generar una asociación, determinando la estructura funcional y de organización de la sociedad que han decidido crear.

“Se configura una sociedad cuando dos o más personas convienen en contribuir con dinero, bienes o trabajo, para llevar una actividad económica lícita, con la finalidad de ganar dinero para repartírselo entre ellas, pero acordando que en caso de que el emprendimiento llevado a cabo fracasare y arrojare pérdidas, todos deberán concurrir a soportarlas”. (Vanasco, 2001, p. 1)

Las sociedades mercantiles tienen como fin la constitución de una organización jurídica la que tenga personalidad jurídica diferente a las personas que las constituyen. Para el doctor Roberto Salgado Valdez la compañía “[...] constituye una organización jurídica, porque actúa en una realidad social dirigida y organizada, a través de los organismos que la administran y actúan a su nombre y en su representación”. (Salgado, 2015, p. 189)

El contrato de sociedad se transforma en un marco normativo, donde se determinan todas las pautas que determinarán los derechos, obligaciones y responsabilidades de los sujetos asociados respecto de la sociedad. Unido a ello, instituirá las normas que regularán a la sociedad así como todas las operaciones que esta lleve a cabo, inclusive las relaciones que mantenga con terceros.

“El negocio jurídico de sociedad no reglamenta ningún interés económico concreto que sus otorgantes buscan alcanzar con él, al menos no directamente, ya que solo constituye un orden normativo que se limita a brindar las reglas dirigidas a la actuación presente y futura de quienes actúan en forma colectiva en una o más actividades económicas”. (Viadas, 2009, p. 15)

La Ley de Compañías señala en su artículo primero que: “El contrato de compañía es 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)

Se debe tomar en cuenta lo que particularmente señala el segundo párrafo del artículo 1 de la Ley de Compañías (1999) “(...) Este contrato se rige por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil.”

Lo que corresponde a esta investigación es muy importante mencionar que el convenio de las partes, deja abierta la posibilidad de hacer un estudio positivo de la viabilidad jurídica para la aplicación de acuerdos parasociales en la legislación societaria ecuatoriana.

Teniendo en cuenta para ello, que es necesario contar con un mayor conocimiento en materia societaria específicamente lo relacionado con los acuerdos parasociales. Del mismo modo, es oportuno realizar un análisis de los

tipos de sociedades que contempla el artículo 2 de la Ley de Compañías para la aplicación de los acuerdos parasociales.

“Hay cinco especies de compañías de comercio, a saber: 1.-La compañía en nombre colectivo; 2.- La compañía en comandita simple y dividida por acciones; 3.-La compañía de responsabilidad limitada; 4.- La compañía anónima; y, 5.- La compañía de economía mixta. Estas cinco especies de compañías constituyen personas jurídicas. La Ley reconoce, además, la compañía accidental o cuentas en participación”. (Ley de Compañías, 1999)

Esta cuestión delimita la existencia en el país de un conjunto de sociedades de comercio, lo que indudablemente establece la riqueza de formaciones jurídicas que pueden llevar a cabo sus actividades en el entorno nacional, por lo que caracteriza un ambiente societario nacional diverso, estructurado por formaciones societarias diversas, lo que sin lugar a dudas complejiza cualquier actividad que en dicho ámbito, se puedan llevar a cabo.

1.2 Compañía Limitada

El artículo 92 de la Ley de Compañías (1999) dispone que “La compañía de responsabilidad limitada es la que se contrae entre dos o más personas, que solamente responden por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales [...]”. (Ley de Compañías, 1999)

La doctrina ha determinado que la compañía de responsabilidad limitada es personalista debido a que:

“[...] las personas se asocian tomando en cuenta ciertos lazos de afinidad, de amistad, de parentesco, etc., y este criterio se acrecienta aún más al pensar que las participaciones sociales no son transferibles, a no ser que lo consientan unánimemente los demás socios”. (Salgado, 2006, p.159)

Sobre este tema Francisco Chulia se refiere a:

“[...] una figura híbrida, a mitad de camino entre una sociedad capitalista y una sociedad personalista, aunque en rigor es sociedad capitalista, dado que los socios no responden personalmente de las deudas sociales, lo que exige la adecuada dotación y protección del capital; y, un tipo de sociedad cerrada, en la que se reconoce un amplio margen a la autonomía de la voluntad”. (Chulia, 2010, p. 817)

Por otra parte, Joaquín Rodríguez señala que:

“[...] es una sociedad mercantil con denominación o razón social, de capital fundacional, dividido en participaciones no representables por títulos negociables, en la que los socios sólo responden con sus aportaciones, salvo los casos de aportaciones suplementarias y accesorias permitidas por la ley”. (Rodríguez, 1971, p. 403)

En este sentido Álvaro Puelma explica que la compañía limitada es:

“[...] aquella sociedad solemne, de personas, con personalidad jurídica, sin fiscalización especial interna o externa, en que existe libertad para establecer el sistema de administración y representación, no respondiendo personalmente estos, frente a 8 terceros, de las obligaciones sociales; por regla general y en la que los derechos de los socios están representados por una cuota”. (Puelma, 2001, p. 284)

Acogiendo cada una de las definiciones doctrinarias, se puede definir a la compañía limitada como una sociedad mercantil de carácter personalista donde los socios responden por las obligaciones sociales hasta el monto dado en sus aportaciones.

Una de las principales características de esta compañía es la restricción de la libre transferencia de las participaciones y el reducido número de socios, esto especialmente es lo que le da el carácter de una sociedad personalista. A su vez esta figura societaria presenta particularidades de persona jurídica ya que

adquiere obligaciones y derechos como entidad mercantil y su aprobación debe estar de acuerdo a lo establecido en la ley.

Ahora bien, el artículo 97 de la Ley de Compañías (1999) establece que “para los efectos fiscales y tributarios las compañías de responsabilidad limitada son sociedades de capital.” En este sentido, es válido acotar que la norma societaria antes mencionada al referirse a temas tributarios y fiscales realiza un cambio en el espíritu de la figura de la compañía de responsabilidad limitada recalcando que es de capital.

En la compañía de responsabilidad limitada el capital estará conformado por las aportaciones de los socios los cuales no serán en ningún momento inferior al monto fijado por el Superintendente de Compañías. Este capital estará dividido en aportaciones en la forma que señale la Superintendencia de Compañías. Posteriormente al constituirse la compañía, el capital estará íntegramente suscrito, y deberá abonarse como mínimo el cincuenta por ciento de cada miembro, lo que deriva en responsabilidad de participación. Las aportaciones pueden ser en numerario o en especie y, en este último caso, consistir en bienes mueble o inmueble que correspondan a la actividad de la compañía. El saldo del capital deberá integrarse en un plazo no mayor de doce meses, a contarse desde la fecha de constitución de la compañía.

1.3 Sociedad Anónima

Refiere la Ley de Compañías (1999) en su artículo 143 que “La compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones [...]”.

Antonio Brunetti afirma que la sociedad anónima es:

“[...] una asociación de personas que tiene personalidad propia y actúa bajo su propio nombre para determinado objeto económico, cuya

estructura capitalista-colectivista está dada por un capital básico, estatutariamente determinado y subdividido en acciones, formado por aportes de los suscriptores, quienes, después de haber pagado el monto suscrito, no están obligados a prestaciones ulteriores”. (Brunetti, 2004, p. 74)

La sociedad anónima puede traducirse como una asociación de capitales, donde su eje principal gira en el capital o en el factor económico, el que tiene una prioridad más que el de las personas.

Este tipo de compañía está fijada por características particulares como que es una sociedad capitalista, los asociados se los denomina accionistas, el capital está dividido por acciones, se puede negociar las acciones de forma libre y cada accionista responde por el monto de sus acciones.

Esta compañía está considerada de capital *per se*, y su mayor relevancia está en el aporte otorgado por cada accionista a diferencia de la compañía de responsabilidad limitada donde el principal elemento es las personas. Esta figura societaria contempla el derecho que tienen los accionistas a negociar en forma libre sus acciones sin ningún tipo de limitaciones, por lo que la cesión de los títulos no requiere de actos solemnes, ni de la autorización de los otros accionistas que conforman la compañía.

En el caso de las sociedades anónimas, los derechos establecidos en la Ley de Compañías (1999) en el artículo 207, son señalados con el carácter de fundamentales ya que no dependen del acuerdo de la mayoría de asociados, ni del estatuto. Es decir que no puede privarse a los accionistas la negociación de sus acciones. A este respecto Lapique nos dice que “Estos derechos no pueden ser condicionados, limitados o anulados, salvo los casos en que expresamente la ley lo autorice” (Lapique, 2008, p. 95).

La legislación ecuatoriana no establece la posibilidad de realizar acuerdos parasociales, ya que no se logra evidenciar de forma clara la viabilidad de celebrar pactos privados donde se condiciona el ejercicio de derechos, fuera de lo determinado en las disposiciones estatutarias o las resoluciones de junta general en el seno de la sociedad. Por esta razón es necesario conocer los derechos que tienen los socios y accionistas.

1.4 Derechos de socios y accionistas

Gilberto Villegas (1995) citando a Ramón S. Castillo establece que los derechos se clasifican en: fundamentales, esenciales y de orden secundario. De acuerdo a la clasificación, los derechos fundamentales son aquellos que no pueden ser modificados de ninguna manera, es decir, no podrán ser alterados por la junta de socios, como por ejemplo el exigir mayor responsabilidad a los asociados.

Los derechos esenciales son aquellos que no pueden ser restringidos de ninguna forma a los socios de una determinada compañía; sin embargo, su ejercicio puede ser regulado por ejemplo con el derecho al voto, derecho a intervenir en juntas y otros. Por último, los derechos secundarios son los que son reconocidos y reglamentados en los estatutos, “[...] responden al deseo de una mejor organización y administración de los negocios sociales” (Villegas, 1995, p. 377).

El jurista Lapiqué manifiesta que los derechos pueden ser divididos como patrimoniales y no patrimoniales. Los primeros son considerados aquellos derechos que permiten participar de las utilidades de la sociedad. Los segundos son aquellos que no tienen un contenido patrimonial específico o también se los reconoce como políticos, “[...] son instrumentos para el ejercicio de los derechos patrimoniales” (Lapiqué, 2008, p. 95).

Se debe tomar en cuenta que a pesar de que la doctrina clasifique los derechos que reconocen los socios o accionistas, estos siempre nacen de la ley y del contrato social.

Una vez que se ha hecho un estudio general al derecho societario y su regulación dentro de la Ley de Compañías, es indispensable realizar un análisis de los acuerdos parasociales en otras legislaciones para que se pueda adaptar a nuestra legislación y principalmente para que estos sean aplicados legalmente en el Ecuador.

1.5 Acuerdos Parasociales

Cándido Paz- Ares define los pactos parasociales como:

“La expresión «pactos parasociales» ha sido acuñada en nuestra doctrina para designar los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen”. (Paz-Ares, 2003, p. 1)

Lo que caracteriza a los acuerdos parasociales es que no se integran en el ordenamiento jurídico de la persona jurídica, es decir de los estatutos o contratos sociales, sino que estos permanecen únicamente el ámbito de las relaciones de quienes los suscriben.

Los pactos parasociales deben tener un esquema permitido por la legislación, que no violente la normativa aplicada. La estructura de los mismos debe encajar con lo legal. No obstante, los pactos parasociales para lograr su efectivización requieren que sean suscritos por uno de los socios. No es necesario, en cambio que todos los socios sean parte del pacto y resulta igualmente posible que en dicho acuerdo intervengan además terceros en el sentido de personas que no ostentan la condición de socio.

Cabe así distinguir en función del tercero que interviene en el pacto parasocial: terceros en sentido estricto o sujetos sin relación jurídica societaria alguna con la sociedad, la propia sociedad o sus administradores con independencia de que puedan ser también socios.

1.6 Acuerdos parasociales en el Ecuador

El ordenamiento jurídico ecuatoriano dispone en varios artículos de la Ley de Compañías que será nulo cualquier acuerdo que esté fuera del seno del contrato social. El artículo 146 de la Ley de Compañías indica que:

“Art. 146.- La compañía se constituirá mediante escritura pública que, previo mandato de la Superintendencia de Compañías, será inscrita en el Registro Mercantil. La compañía se tendrá como existente y con personería jurídica desde el momento de dicha inscripción. Todo pacto social que se mantenga reservado será nulo.” (Ley de Compañías, 1999)

El artículo 221 de la Ley de Compañías señala que:

“Art. 221: Los derechos de terceros y los derechos de crédito de los accionistas frente a la compañía no pueden ser afectados por los acuerdos de la junta general. Será nula toda cláusula o pacto que suprima o disminuya los derechos atribuidos a las minorías por la Ley. También serán nulos, salvo en los casos que la Ley determine, los acuerdos o cláusulas que supriman derechos conferidos por ella a cada accionista”. (Ley de Compañías, 1999)

Por su parte, Feliu Rey señala que:

“[...] este conocimiento nominal y relativamente generalizado contrasta con un escaso tratamiento normativo de sus elementos esenciales, un amplio desconocimiento de su posible y variado contenido y un consecuente descuido del alcance de sus efectos que convierten esta figura en un valioso y bello objeto de gran fragilidad”. (Feliu, 2012, p. 19)

Es decir que por el mismo hecho de que no se tiene un amplio tratamiento normativo, se tropieza en la utilización incorrecta de estos acuerdos por lo que en ocasiones se puede dar una mala utilización.

El artículo 146 de la Ley de Compañías (1999) proporciona un posible mecanismo mediante el cual se puede estructurar los acuerdos parasociales, ya que al hablar de que “[...] todo pacto social que se mantenga reservado será nulo”, se podría entender que si se realiza acuerdos y se los publica de alguna forma contemplada en la norma, rompería ese esquema de nulidad.

¿Si la Ley de Compañías determina al existir acuerdos reservados estos serán nulos, qué sucede si estos acuerdos se los hace públicos? ¿Pueden ser aplicables?

Es en esta reflexión donde surge la necesidad de estudiar que son los acuerdos parasociales de una forma más profunda, para que se pueda encontrar el enfoque al que se pretende llegar con este estudio.

2. CAPITULO II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PACTOS PARASOCIALES

2.1 Naturaleza jurídica de los Pactos Parasociales

Para comenzar este capítulo necesariamente se debe tener en consideración que en lo sucesivo cuando se haga referencia a los pactos o acuerdos parasociales se estará abordando el mismo concepto. La definición de pacto parasocial deja al descubierto su naturaleza jurídica en la cual gira su órbita a través de un contrato que obliga a las partes que lo suscriben y que se rige, en principio por el derecho de obligaciones.

De acuerdo a esta afirmación Pérez (2010) establece lo siguiente:

“[...] la cuestión acerca del tipo de contrato de que se trata admite una respuesta determinada por el contenido del negocio, es decir, el pacto parasocial es una realidad jurídica que puede englobar de forma singular o bajo una estructura compleja un conjunto más o menos amplio de contrato(s) típico(s), aderezado, completado o acompañado por cláusulas particulares”. (p. 122)

Esto significa que la finalidad y el contenido del acuerdo parasocial en ocasiones desplaza la tipicidad legal de un contrato para cubrirlo bajo el ropaje de un pacto parasocial sin que ello implique desconocer la regulación y la naturaleza del negocio subyacente. Es por ello, que la investigadora Henao (2013) refiere que:

“La vasta fenomenología de la materia nos permite afirmar que se trata de contratos unilaterales, bilaterales o plurilaterales, de tracto sucesivo o de ejecución instantánea, siendo los más comunes los sinalagmáticos de tracto sucesivo.

Por conducir erróneamente a calificar de parasocial todos aquellos acuerdos que hayan sido celebrados por fuera de la escritura social y que no hayan sido inscritos en el registro mercantil, resulta necesario superar el criterio formalista que determina la naturaleza de un pacto

según que esté o no contenido en la escritura de constitución, ya que supone ubicar en un mismo plano fenómenos disimiles como son los acuerdos sociales viciados y los pactos parasociales”. (p. 187)

Es por ello, que Albella Amigo (2007) refiere que “[...] el punto de partida que delimitará el contorno de estos acuerdos estará constituido por su creación al margen de los estatutos y por las características y además por las anotaciones sobre la validez y efectividad de los mismos” (p. 56).

En torno al análisis de la naturaleza jurídica de los pactos parasociales, puede concebirse que se trata de una rama societaria que representa un estudio más pormenorizado que debe tratar los elementos más relevantes configuradores de esta figura jurídica que es de vital importancia en el ordenamiento jurídico del Ecuador ya que los mismos no tienen regulación jurídica desde el punto de vista normativo, existiendo para la fecha solo referencias o menciones de forma indirecta o directa en la celebración de los mismos sin que medie una regulación directa por parte del Estado ecuatoriano.

La naturaleza jurídica de los pactos parasociales como acuerdos o convenios celebrados entre las partes es una realidad jurídica distinta al contrato fundacional de la sociedad ya que su naturaleza esta vincula con los acuerdos o convenios celebrados fuera de la escritura social y que no hayan sido inscritos en el Registro Mercantil. Esta particularidad es la que hace que los acuerdos o pactos parasociales tengan su naturaleza vinculada a los principios de autonomía, accesoriedad y dependencia fundacional donde no se trata de cláusulas del contrato social sino de pactos que son celebrados fuera del mismo.

Existen corrientes de carácter doctrinal que afirman que la naturaleza de los pactos parasociales está en la figura del contrato y como tal obliga a las partes que lo suscribieron estar sometido al Derecho de obligaciones en caso de incumplimiento del mismo. Sobre este tema Feliu (2012) dice:

“Al estudiar el contenido del pacto parasocial en cuanto a su contenido y configuración interna es posible que se puedan identificar en el uno o varios contratos típicos. De ahí que sea posible afirmar que el pacto parasocial sea convertido en una realidad jurídica que puede englobar de forma singular o bajo una estructura compleja un conjunto más o menos amplio de contratos típicos aderezado, completado o acompañado de cláusulas particulares”. (p. 26)

Teniendo en cuenta estas consideraciones se puede pasar a realizar un estudio sobre la conceptualización de los acuerdos parasociales para tener una visión más clara del tema objeto de estudio.

Henao (2013) señala que:

“Los pactos parasociales son acuerdos celebrados al margen de la regulación societaria, entre los socios, entre estos y la sociedad, o con terceros, que constituyen una herramienta de uso frecuente en el desarrollo de las relaciones corporativas pese a la ausencia de una regulación legal integral, y que tienen por finalidad regular extremos no recogidos estatutariamente. Su validez, eficacia e incumplimiento estarán determinados en mayor medida por las normas de derecho civil y en menor proporción por el orden jurídico societario”. (p. 179)

Desde otra perspectiva se ha señalado que:

“La expresión «pactos parasociales» ha sido acuñada en nuestra doctrina para designar los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, *en sus relaciones internas*, las reglas legales y estatutarias que la rigen”. (Paz-Ares, 2003,p. 1)

De acuerdo a estas consideraciones de carácter doctrinal se puede establecer que la naturaleza jurídica de los pactos parasociales ha dejado al descubierto que estamos ante la presencia de un contrato que obliga a las partes que lo

suscriben estar regulados por el derecho de obligaciones. Sin embargo, la cuestión acerca de este tipo de figura jurídica admite una respuesta determinada por el contenido del negocio, es decir, que el pacto parasocial es una realidad jurídica que puede englobar de forma singular o bajo una estructura compleja de un conjunto más o menos amplio de contratos típicos.

La gran variedad de pactos parasociales que se encuentran en los ordenamientos jurídicos en la actualidad nos permite afirmar que se trata de figuras jurídicas o contratos unilaterales, bilaterales o plurilaterales de tracto sucesivo los cuales encuentran su nacimiento en la delimitación y creación del mismo que estará al margen de los estatutos y por las características a las que hemos hecho referencia. Para Gómez (2015) “La recepción de los pactos parasociales por los principales ordenamientos jurídicos ha sido producto de un proceso legislativo lento, pero que se ha robustecido con los aportes que la doctrina ha hecho sobre el tema [...]” (p. 2).

Por otra parte, la calificación del pacto parasocial no ha sido un trabajo fácil en cuanto a su estudio ya que el mismo, presenta dificultades vinculadas a su validez y eficacia, lo que trae como consecuencia la imposibilidad de someterse al Registro Mercantil hecho que ha ocasionado controversias en cuanto a que la escritura pública presentada ante el registro la cual en ocasiones es denegada por falta de especificaciones suficientes de carácter corporativo referente al pacto que se desea celebrar.

Al respecto Henao (2013) establece:

“[...] Por conducir erróneamente a calificar de parasocial todos aquellos acuerdos que hayan sido celebrados por fuera de la escritura social y que no hayan sido inscritos en el registro mercantil, resulta necesario superar el criterio formalista que determina la naturaleza de un pacto según que esté o no contenido en la escritura de constitución, ya que supone ubicar en un mismo plano fenómenos disímiles como son los acuerdos sociales viciados y los pactos parasociales”. (p. 187)

No obstante, estas consideraciones hacen necesaria realizar una revisión de las normativas internacionales de los acuerdos parasociales que permiten establecer como existen ordenamientos jurídicos que tienen contemplada esta figura societaria.

En la legislación francesa existe pronunciamiento al respecto. La investigadora Henao (2013) refiere que:

En una regulación un tanto más escueta, la Ley 420/2001 de 15 de mayo de 2001, que modifica el artículo L 225-10 del Código de Comercio, de forma transversal establece que el Comisario de cuentas deberá presentar un informe a los socios en el que se reflejen los contratos o convenios celebrados, de forma directa o a través de interpuesta persona, entre la sociedad y el presidente y algunos directivos, o entre los accionistas que dispongan derecho de voto superiores a un 5% de los existentes en la sociedad. (p. 190)

En Estados Unidos de Norteamérica, en la segunda década del siglo XX, los tribunales norteamericanos de forma generalizada se inclinaban por desconocer la validez de los pactos celebrados entre los socios de la compañía. Hacia el año 1910 se inició un reconocimiento parcial de estos acuerdos, pero solo con efectos internos entre quienes los hubiesen suscrito. De la mano del *Model Business Corporation Act* (MBCA) en los apartados 7.30 y siguientes se positiviza la figura y se incorporan textualmente los requisitos para otorgar validez al *voting trust* y al *voting agreement*. (Henao, 2013 p. 189)

En este sentido, el logro más considerable se consiguió con la versión revisada de la MBCA de 1991, destacando en primer lugar, como de manera extensa, se incorporó en el apartado 7.32 b y c la oponibilidad del pacto a futuros adquirentes, ya sea porque el pacto figure en los estatutos o en los reglamentos y esté firmado por quienes son socios de la compañía, o también, porque el acuerdo se encuentre contenido en un documento suscrito por todos los socios y se encuentre disponible a disposición de la sociedad; si se verifica

la circunstancia que el adquirente no haya tenido conocimiento del pacto, libremente podrá resolver la compra. (Henaó, 2013 p. 188).

Posteriormente se implementaron una serie de condiciones que categorizaban a los pactos parasociales como una figura societaria, dentro de las que se encuentran que el pacto debe someterse siempre y cuando la sociedad no obtenga la condición de cotizada; se estableció que el tiempo de duración será máximo de 10 años, al menos que se pacte en modo diverso; se precisó que el acuerdo debe ser firmado por todos los accionistas, sin que ello contraríe para que pueda ser reformado por la mayoría con respaldo, y por último, se determinó la posibilidad de conceder un apoderamiento inapelable para el ejercicio de los derechos de las partes frente a la sociedad.

En Alemania la escasa doctrina y jurisprudencia existente en la materia se inclinó a permitir la validez de los acuerdos de voto celebrados entre accionistas, o entre estos y terceros. Sin embargo, de acuerdo al parágrafo 136.2 de la Ley sobre Sociedades Anónimas (AktG), todo contrato mediante el cual un accionista determine el sentido de su voto siguiendo las instrucciones de la sociedad, la Dirección, el Consejo de Vigilancia de la compañía o las de una empresa dependiente, o bien se comprometa a favorecer las propuestas presentadas por la Dirección o el Consejo de Vigilancia de la sociedad, se tendrá como nulo. (Henaó, 2013 p. 188)

Pese a ello, con la promulgación de la Ley para el control y la transparencia en el ámbito empresarial referida especialmente a las sociedades cotizadas se establece:

“[...] las comunicaciones que se realicen con anterioridad a la celebración de la Junta General, además de la información relativa a la comunicación de la convocatoria, el orden del día, y las eventuales peticiones o propuestas, deberán contener la referencia sobre la posibilidad del ejercicio del derecho al voto por apoderado, o a través de una “asociación de accionistas”.” (Henaó, 2013 p. 189)

En Italia

Henao (2013) refiere que:

“[...] con el fin de regular en términos similares la materia en las sociedades de capital no cotizadas se promulgó el Decreto Legislativo n.º 6 de 2003[27] , que en el artículo 1 modifica el Capítulo v del Libro v del codice civile y establece, a diferencia del régimen general visto en el epígrafe anterior, que los pactos parasociales no podrán tener una duración superior a cinco años, y si se trata de sociedades que participan en el mercado de capital de riesgo, se impone el deber de informar a la sociedad y declarar los pactos en la apertura de cada Junta”. (p. 190)

Como puede observarse de acuerdo a la afirmación antes realizada en Italia si existe un reconocimiento a la figura de los pactos parasociales dada la urgencia que posean las partes de regular una relación comercial tanto al inicio, como durante el desarrollo del negocio. Es por esto que mientras más resguardos adopten los partícipes para proteger su inversión o mejorarla, mayores posibilidades tienen de lograr buenos resultados. Existen mecanismos que ayudan a advertir conflictos o fracturas al interior de la sociedad, y se puede decir que los pactos parasociales son uno de ellos.

Como se ha evidenciado, la inserción de los pactos parasociales en los principales ordenamientos jurídicos internacionales, ha sido un tema tomado en consideración por los legisladores en Europa caracterizado por un proceso lento pero que se ha robustecido con el pasar del tiempo donde la voluntad de los Estados ha sido determinante para lograr que esta figura jurídica este acoplada con las necesidades del sistema societario y de esta forma evitar las lagunas jurídicas que se generan a diario por la falta de normativa aplicable en relación a los pactos parasociales.

2.2 Antecedentes y Evolución de los Pactos Parasociales

El debate que ha generado los pactos parasociales a nivel mundial en cuanto a su conceptualización, características y finalidad nos remonta a establecer los antecedentes de esta disciplina jurídica que ha reportado en la actualidad una revolución donde su dinámica ha provocado que en los diferentes ordenamientos jurídicos a nivel mundial se encuentren en la búsqueda de armonizar sus normas internas de acuerdo a las exigencias que imponen los acuerdos parasociales dentro de la dogmática jurídica.

En tal sentido, la expresión de pacto parasocial ha sido acuñada desde la doctrina española para otorgarle a los acuerdos o convenios celebrados entre algunos o todos los socios que integran una determinada sociedad anónima o limitada con el fin de concretar o modificar sus relaciones de carácter interno. Ello, expresado de otra forma, implica que los pactos parasociales son los que establecen las reglas estatutarias que no han sido establecidas en la escritura de constitución de la sociedad presentada al Registro Mercantil.

El florecimiento que provocó los pactos parasociales desde sus inicios está estrechamente vinculado con dos elementos que son determinantes el primero de ellos, son las nuevas tecnologías y, los segundos son los efectos que ha producido la globalización en nuestra sociedad.

Esta realidad está estrechamente vinculada con los aspectos económicos capitalistas que expresan la libertad del mercado, que han incentivado una interrelación a nivel mundial, y que coloca a esta figura jurídica bajo la influencia de diversidad de operadores económicos, provocando relaciones de carácter jurídico contractuales entre los sujetos que integran una determinada sociedad.

Sin lugar a dudas la presencia de los pactos parasociales ejerce influencia en el pensamiento social y político de los Estados que han promovido la

participación de estos en la vida social y económica de los ciudadanos, con la finalidad de proteger los intereses de los mismos, teniendo como referente que el legislador ha optado por adecuar e institucionalizar nuevas estructuras y normas que den cabida a nuevas figuras jurídicas como los pactos parasociales. (Fernández, 1998, p. 56)

Esta realidad ha sido plasmada en mayor medida en los ordenamientos jurídicos europeos donde se han concretado reformas en el aparato legislativo vigente de cada país, lo que dio paso al nacimiento de nuevos sistemas jurídicos más acordes con la realidad actual. En este sentido Henao (2013) menciona lo siguiente:

“Por otro lado, en cuanto a las relaciones externas, con la creación de un nuevo sujeto de derecho se supera el paradigma clásico del principio de relatividad de los contratos, y se hace indispensable la aplicación de normas contractuales propias en el desarrollo de las relaciones entre el nuevo sujeto de derecho y los terceros”. (p. 181)

Con respecto a este tema es válido mencionar que como consecuencia natural de la evolución de los pactos parasociales se han establecido nuevos esquemas para su cumplimiento con el fin de amparar el orden público y los legítimos intereses de terceros y socios, todo esto a través de la consagración de normas de carácter imperativo que restringen la autonomía de las partes de una forma más relevante que en los contratos conmutativos.

2.3 Concepto Jurídico de Pacto Parasocial

Los pactos parasociales permiten regular acuerdos adaptados a la voluntad real de los asociados, evitando en mayor o menor medida la rigidez normativa del derecho societario. Debido a la complejidad de la materia muchos son las definiciones que se han dado en la doctrina con la finalidad de aclarar las principales causas o motivos que generan el nacimiento de esta figura jurídica. Por lo que se pasará a realizar una revisión doctrinal sobre las

conceptualizaciones más importantes que se han dado dentro del derecho societario en esta materia.

Para Henao (2013), siguiendo las posturas de Fernández del Pozo (2007) y Luceño Oliva (2010), los pactos parasociales:

“[...] son las 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”. (p. 182)

Del mismo modo Berges Angós (2009) nos dice que los pactos parasociales,

“Son aquellos acuerdos privados suscritos entre una parte o la totalidad de los socios de una sociedad buscando una regulación de sus relaciones al margen de la Ley y de los Estatutos por resultar contrarios a ellos o buscar el secreto de los mismos y que, como regla general, solamente tienen eficacia, al igual que los contratos privados, interpartes, no resultando oponibles frente a la sociedad o frente a socios no contratantes”. (p. 1835)

De acuerdo a estas definiciones de carácter doctrinal, se puede establecer que los acuerdos parasociales son entendidos como pactos o acuerdos elaborados al margen de la regulación establecida en materia societaria, que particularmente se da entre socios que integran determinada sociedad o con terceros y que constituye una herramienta que le permite a los miembros de una determinada compañía, el desarrollo de las relaciones corporativas cuando exista una ausencia de regulación integral normativa. Su validez, eficacia e incumplimiento estarán determinados en mayor medida por las normas de derecho civil y en menor proporción por el orden jurídico societario. En sentido general, aluden a la existencia de acuerdos o convenios entre los miembros de la sociedad, ante la inexistencia de normas que regulen determinada cuestión dentro de dicha institución, y que mediante ellos se logra dar dinamismo a las acciones de la compañía, cuando no existen mecanismos legales para hacerlo.

2.4 Característica autonomía y accesoriedad de los pactos parasociales

La constante tipicidad social de los pactos parasociales ha obligado a la doctrina a realizar una evaluación exhaustiva de los elementos que componen a esta figura jurídica. Ello, implica realizar un estudio donde se puedan extraer los elementos característicos más relevantes de los pactos parasociales tomando en consideración su ubicación en función del contrato fundacional. Desde esta perspectiva podemos apreciar dos elementos característicos de los pactos parasociales como son su autonomía en relación al contrato social y accesoriedad o subordinación en relación al mismo.

Se puede afirmar que los pactos parasociales constituyen una realidad jurídica que es totalmente distinta al contrato fundacional de la sociedad es decir que esta figura jurídica presenta dentro de su naturaleza características que lo hacen ser considerados ajenos e independientes. Pérez Millán (2011) refiere que:

“[...] la esencia de la autonomía estatutaria es proporcionar el derecho de decisión a los socios, y que, ante modificaciones estructurales, no se trata de evitar simplemente un perjuicio a la sociedad por la influencia externa de terceros no sometidos al deber de lealtad entre socios, como en el caso de acuerdos sociales ordinarios, sino en no permitir en absoluto dicha influencia cuando pueda desplegar eficacia jurídica, pues el principio de la autonomía societaria no queda siquiera a disposición de los propios socios”. (p. 10)

Sin embargo, el reconocimiento de la autonomía como elemento característico del pacto parasocial, permite diferenciarlo de forma clara del contrato fundacional, esta realidad confirma la diferenciación de ambas figuras jurídicas. Por otro lado, la posición de los pactos parasociales en relación con la esfera social necesita otro elemento como accesoriedad para estar completo.

En este sentido, la accesoriedad según Henao (2003) “[...] se predica exclusivamente del pacto parasocial en relación con la sociedad, y no en sentido contrario, pues las vicisitudes que pueden aquejar al pacto no incidirán en la esfera social ni determinarán su existencia” (p. 186).

Afirmadas la autonomía y la accesoriedad como rasgos característicos de los acuerdos parasociales, resulta interesante evaluar un tercer elemento característico como es aspecto teleológico es decir la finalidad del pacto parasocial.

De acuerdo a lo expresado por Bonmatí Martínez (2011):

“El elemento Teleológico es vital para establecer la validez de los pactos parasociales para poder determinar si es posible su nulidad, así como basar alguna de las propuestas de clasificación. De acuerdo a esta aseveración se puede establecer que efectivamente esta característica está supeditada al contenido del pacto en sí mismo.” (p. 10)

Efectivamente dependiendo del contenido que tenga el pacto parasocial y en la forma para lo cual fue creado habrá que realizar una eventual evaluación sobre su validez o nulidad del pacto o si fuera el caso de una determinada cláusula en concreto.

Otro de los elementos que reviste especial atención en los pactos entre socios es el referido al consentimiento de las partes que han participado en la celebración del mismo, por lo que es necesario que el socio mantenga cierto número de acciones en orden para prevenir la alteración del negocio, lo que no ocurre cuando se trata de las modificaciones estatutarias que se realizan de acuerdo con preceptos de naturaleza más compleja.

Finalmente, es válido acotar que no se debe olvidar que un pacto celebrado por los socios posee mayor flexibilidad en cuanto al término de duración, pues serán las partes las llamadas a determinar de acuerdo a sus intereses la

temporalidad de los mismos, y de la misma forma, son estas las legitimadas para finiquitarlos.

2.5 Función de los Pactos Parasociales

El nacimiento de la figura jurídica parasocial supera el paradigma clásico del principio de relatividad de los contratos, y se hace indispensable la aplicación de normas contractuales propias en el desarrollo de las relaciones entre el nuevo sujeto de derecho y los terceros.

Una de las aproximaciones al fenómeno de los pactos parasociales es el que le otorga un enfoque funcional a la misma y “[...] su fundamento estriba en el principio general de autonomía de la voluntad de las partes [...]” (Luceño, 2010, p. 10)

En efecto para entender la integridad de esta disciplina es necesario evaluar las funciones que desempeña de acuerdo a la satisfacción de los intereses que le son asignados por los integrantes de la sociedad. Sobre este tema Fernández del Pozo (2007) establece:

“Los pactos parasociales o acuerdos extraestatutarios cumplen funciones de 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”. (p. 167)

Como se ha mencionado anteriormente los pactos parasociales tienen un especial valor en el mundo societario, ya que los mismos representan al contrato social que es estructurado por el acuerdo de voluntades que simboliza una relación de carácter societario. Hay que ser claro que dentro de los pactos parasociales como acuerdo de voluntades los socios puedan establecer ciertas decisiones por medio de las cuales cumplan una función control sobre aspectos

que no son contemplados en la escritura pública sometida a protocolización en el Registro Mercantil.

Una de las aproximaciones para entender la función de los pactos parasociales es su revelador enfoque funcional. De hecho para comprender la integridad del pacto parasocial es de vital importancia entender las funciones que se les asigna en la escena societaria. Para ello, es de trascendental importancia ofrecer una imagen funcional del pacto parasocial. Algunas de las funciones a las que está referida esta figura jurídica se pueden extraer con facilidad del contenido propio del pacto.

2.5.1 Regulación: Intereses de los Socios

Una de las funciones más relevantes del pacto parasocial es regular la actuación de los socios que componen una determinada sociedad. Y más cuando dicho pacto está suscrito por todos los socios que por diversas razones puedan alterar o incumplir la regulación acordada en el contrato de la Sociedad. Al respecto Fernández del Pozo (2007) expone lo siguiente:

“Los pactos parasociales o acuerdos extraestatutarios son las operaciones negociales que regula el interés 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.” (p. 178)

2.5.2 Función Interpretativa

Desde el punto de vista del análisis de la estructura funcional de los pactos parasociales puede predicar la función interpretativa por medio del cual esta figura puede ayudar en la tarea de interpretar o valorar ciertas conductas que fueron establecidas en el pacto parasocial colocándose en una posición de instrumento que ayudará a alcanzar los intereses sociales facilitando la labor de concreción del mismo.

En palabras de Feliu (2012) sobre el tema hace mención sobre:

“El pacto parasocial puede auxiliar a los tribunales en su labor de enjuiciamiento de determinadas conductas bajo rasero del interés social o del deber de lealtad de los socios. Del mismo, modo los pactos parasociales pueden recoger los motivos que han llevado a los socios a construir la sociedad o a formar parte de ella”. (p. 203)

En conveniente señalar que la función interpretativa representa dado lo ilimitado de los pactos parasociales la posibilidad de que se contemple en el interés de los socios y facilitar así la valoración de los posibles casos de separación o exclusión.

2.5.3 Función de Protección Frente a la Opresión

Uno de los factores que incide de manera efectiva en los pactos parasociales es la posibilidad de mantener cautivos a los socios minoritarios que componen la sociedad: las propias relaciones entre los socios, la fuente de ingresos, el cobro por realizar una determinada función dentro de la sociedad sea como administrador o como empleado genera problemas de liquidez en algunos de los casos que bloquean la salida del socio minoritario ante las conductas opresivas de los socios mayoritarios.

En relación al estudio de esta función de los pactos parasociales no es menester profundizar tanto al respecto solo manifestar que como lo establece Feliu (2012) la “[...] función de protección de los pactos parasociales frente a la opresión son un mecanismo que protege al socio minoritario ante las conductas opresivas de los socios mayoritarios enunciando para ello, las principales técnicas de opresión”. (p. 204).

Es necesario acotar que el número de situaciones que se pueden considerar como opresión son múltiples, que va desde la exclusión de los socios minoritarios por parte de los socios de control, hasta contemplar ciertas

conductas que afectan de manera directa los derechos de los socios, donde según opinión de varios estudiosos sobre la materia, esta violación de los derechos de los socios minoritarios provoca una clasificación sistemática por ejemplo, a) las tendencias a limitar los ingresos de los socios, b) la tendencia a apropiarse de los activos sociales y de oportunidades de negocios y, c) las tendencias a eliminar los derechos de los socios minoritarios.

2.6 Clasificación de los pactos parasociales

Dichos pactos pueden ser de gran beneficio, pues abarcan acuerdos privados que, por su índole, se tienen que regular de forma especial. No obstante, pueden ayudar a los socios o accionistas a precisar notoriamente cuáles son las reglas o normas que los van a regir. El contenido dependerá de la voluntad de las partes de fortalecer reglas y normas ya establecidas en el contrato social o instituir parámetros mínimos acerca de su relación dentro del negocio. De esta forma se resguardan y respaldan las relaciones entre los socios o accionistas y la responsabilidad de éstos para con la sociedad.

En definitiva se debe precisar que:

“La esencia de estos acuerdos es contractual, lo que facilita a las partes a fundar las obligaciones adicionales y recíprocas, procedentes del vínculo como partícipes de un negocio, que estimen conveniente. Ya que bien, el contrato es una ley para los contratantes y no puede ser anulado sino por su aprobación mutua o por orígenes legales, se pueden constituir dispositivos legales para resguardar derechos en cuestión de incumplimiento por una de las partes”. (Cea, 2001, p. 28)

Los acuerdos parasociales pueden dividirse o clasificarse en 3 tipos o categorías, las cuales se explicarán a continuación:

“Pactos de relación: Se caracterizan por mantener una situación neutral frente a la sociedad, pues regulan las relaciones entre los socios de manera directa y sin que medie la sociedad, por lo que no tienen

repercusión sobre la esfera jurídica de ésta. Son ejemplos de este tipo de acuerdos los dirigidos a establecer a favor de alguno o algunos de los socios que son parte del acuerdo un derecho de adquisición preferente, derechos de adquisición o venta conjunta, la obligación de comprar o ceder un determinado número de participaciones bajo determinadas condiciones, pactos de no acciones agresión, entre otros”. (Cea, 2011, p. 31).

Estos pactos de relación se logran o se pueden describir por su imparcialidad con respecto a la sociedad. En este sentido, Paz-Ares (2003) refiere que:

“Los supuestos que ilustran esta categoría son los acuerdos dirigidos a establecer a favor de todos o algunos de los socios derechos de adquisición preferente sobre las participaciones sociales, derechos de venta conjunta, obligaciones de lock up, obligaciones de no incrementar la participación en el capital por encima de un determinado porcentajes («pactos de no agresión»), obligaciones de ceder o de adquirir las participaciones bajo determinadas condiciones, cláusulas de cobertura de las pérdidas de unos socios por otros, cláusulas de equalización o de redistribución de los dividendos sobre bases diversas a las previstas en los estatutos, cláusulas de valoración, etc.” (p. 20)

En este mismo sentido, para San Antonio de Cea (2011) existen los pacto de atribución que:

“[...] son aquellos por los que se confiere algún beneficio a la sociedad. Podríamos citar como ejemplo paradigmático el pacto en virtud del cual los socios firmantes se obligan a otorgar financiación adicional a la sociedad. Asimismo, el acuerdo de abstenerse de competir con la sociedad o el de otorgar el derecho de adquisición de las acciones a favor de la sociedad cuando el socio se proponga transmitir las, son ejemplos de acuerdos parasociales de atribución. Lo característico de todos ellos es que en este caso se incide en la esfera jurídica de la sociedad de una forma ventajosa para ésta”. (p. 1).

Los pactos de atribución son conocidos por ser aquellos que se acuerdan con el propósito de procurar atribuir ventajas a dicha sociedad. Sobre este aspecto Paz-Ares (2003) refiere que:

“El reverso es la asunción por parte de sus firmantes de las correspondientes obligaciones frente a ella. Los ejemplos paradigmáticos nos los proporcionan los pactos que recogen obligaciones financiación adicional de la sociedad por parte de los socios (préstamos, aportaciones suplementarias, reintegración del patrimonio social en caso de pérdidas, etc.), pero hay muchos otros compromisos que pueden ser objeto de contratación parasocial: por ejemplo, abstenerse de competir con la sociedad, otorgarle la exclusiva de venta o intermediación en los productos de los socios, ofrecerle la adquisición de las acciones cuando el socio se proponga transmitir las, etc.” (p. 20)

Sobre ello, San Antonio de Cea (2011) refiere que los pactos de organización:

“[...] son aquellos dirigidos a incidir sobre el control de la sociedad, es decir, se refieren a la forma de tomar decisiones dentro del seno de la sociedad, a su organización y funcionamiento interno. Dentro de esta clase de pactos destacaríamos los interpretativos de disposiciones estatutarias, los que versan sobre la composición del órgano de administración, sobre la política estratégica de la compañía, sobre el régimen de las modificaciones estatutarias, entre otros”. (p.1).

Paz-Ares (2003) refiere que:

Los pactos de organización agrupan los pactos seguramente más relevantes y, al propio tiempo, los más conflictivos jurídicamente. Los denominamos así porque expresan la voluntad de los socios de reglamentar la organización, el funcionamiento y, en definitiva, el sistema de toma de decisiones dentro la sociedad. Se ha dicho por ello que tienen siempre por objeto el control de la sociedad, bien sea para concentrarlo, para distribuirlo o para transferirlo. (p. 20)

El espectro de este tipo de pactos es muy amplio: pactos interpretativos de las normas estatutarias; pactos sobre la composición del órgano de administración; pactos sobre las políticas a desarrollar por la compañía; pactos restrictivos de las competencias de los administradores; pactos sobre el régimen de las modificaciones estatutarias; pactos de arbitraje para deshacer situaciones de bloqueo; pactos sobre la información que debe suministrarse a los socios; pactos acerca de la contratación por parte de las sociedades de socios y familiares; pactos sobre la disolución de la sociedad, pactos sobre quórums y mayorías.

2.7 Eficacia de los acuerdos parasociales

La aplicación sin reservas de la regla de oponibilidad o inexigibilidad de dichos acuerdos frente a la sociedad, supondría que los acuerdos societarios aptos en contravención de un “pacto entre socios” resultarían válidos y eficaces. Lo que, como es evidente, resta enorme interés a dichos pactos.

“No obstante, la oponibilidad se considera la norma general cuando se habla de hacer valer un pacto sobre el funcionamiento de los órganos sociales frente a la sociedad, ya sea para impugnar un acuerdo adoptado en contravención del pacto, o bien, para no aplicar una cláusula estatutaria, o reclamar de la sociedad el desempeño de una obligación prevista en el pacto. Sin embargo, incluso en estos casos la doctrina parece inclinarse por la idea de que los pactos parasociales son oponibles a la sociedad cuando todos los socios son parte de él, es decir, cuando existe identidad de partes entre el contrato de sociedad y el pacto parasocial [...]”. (León, 2005, p. 22)

2.7.1 Eficacia y oponibilidad

Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad, ha llevado a la confrontación por parte de la doctrina mayoritaria entre pacto reservado y pacto no incluido en los estatutos, lo que, a su vez,

sobrelleva que si todo pacto no incluido en los estatutos sociales es un pacto reservado, todo pacto no implícito en los estatutos sociales es inoponible a la sociedad.

Esta forma no oponible a la sociedad tiene su razón de ser en la autonomía e independencia que muestran dichos pactos ante el contrato social y frente a la propia organización corporativa. Entones, como deriva la eficacia restringida al ámbito interno, se puede decir que vinculan meramente a aquellos socios que han participado en ellos. Dicho de otro modo, presentan una eficacia inter partes, mas no, una eficacia erga omnes.

De allí que, cabe decir como:

“Por mucho tiempo incluso décadas, los pactos parasociales se mantuvieron rodeados de pensamientos de ilicitud, por relacionarse con pactos no incluidos en los estatutos sociales y que por esto, tampoco constaban en el Registro Mercantil. De hecho, no ha sido hasta bien avanzado el siglo XX cuando la jurisprudencia española ha declarado la validez y licitud de los pactos parasociales y, cuestión que aún no sucede en Ecuador hasta comienzos de este siglo, cuando el legislador español ha reconocido expresamente su existencia al regular precisamente la publicidad de los pactos parasociales en el marco de las sociedades cotizadas [...]”. (Henaó, 2013, p. 187)

Por tanto, una caracterización absoluta entre pacto parasocial y contenido prohibido. De hecho, el carácter secreto o privado forma parte de las ventajas que describen y ofrecen los pactos parasociales, junto con su sencillez, flexibilidad y su capacidad de adaptación, mencionado anteriormente. Cuestión distinta, claramente, es que, en ciertas ocasiones, un concreto pacto parasocial sea ilícito.

Para complementar las ideas expuestas:

“Resta, en cualquier caso, afrontar la cuestión relativa a la relación existente entre pacto parasocial y sociedad. Como hemos señalado en

varias ocasiones a lo largo del presente trabajo, tradicionalmente se ha sostenido que los pactos parasociales presentan una eficacia «inter partes», es decir, exclusivamente entre los participantes en ellos, pero no «erga omnes», de modo que la sociedad y los terceros quedan al margen de aquellos. Y precisamente esta característica de los pactos parasociales impide el recurso a mecanismos o instrumentos del Derecho de sociedades para reclamar o forzar el cumplimiento o, en su caso, para sancionar el incumplimiento de lo convenido en tales pactos parasociales. Se trataría de una manifestación del principio de relatividad de los contratos”. (Pérez, 2013, p. 287)

No obstante, la oponibilidad es la regla habitual cuando se trata de hacer valer un pacto con respecto al funcionamiento de las partes sociales frente a la sociedad, ya sea para reclamar un acuerdo adoptado en desobediencia del pacto, o aplicar una cláusula estatutaria, o reclamar de la sociedad el desempeño de una obligación predicha en el pacto.

Sin embargo, incluso en estos casos la doctrina parece inclinarse por la idea de que los pactos parasociales son oponibles a la sociedad cuando todos los socios son parte de él, esto quiere decir, cuando existe compatibilidad de partes entre el contrato de sociedad y el pacto parasocial. En este mismo ángulo han hecho presencia los tribunales con testimonios basados en la doctrina del levantamiento el velo de la persona jurídica o el principio de buena fe.

Por último, preexisten otras opciones para fortificar, frente a la sociedad, la realización de los pactos parasociales como sería crear en los estatutos la necesidad de apego al pacto parasocial como condición para la adquisición de participaciones, la exclusión de la sociedad del socio incumplidor, el aseguramiento de una disciplina de voto e incluso la posibilidad de establecer sanciones para el caso de incumplimiento de los citados pactos.

“Esta posición ha sido contestada con el argumento de que el gobierno de las sociedades mercantiles, debido a la adopción de acuerdos por mayoría y la imposibilidad de separación ad nutum, requiere un procedimiento más exigente para la toma de decisiones que el mero concurso de la voluntad de todos los socios. En este sentido se razona que si los pactos de todos los socios equivaliesen a los acuerdos sociales, deberían estar sometidos a sus mismas limitaciones por ejemplo, la de no contravenir los principios configuradores del tipo social. Además, siempre pueden surgir otro tipo de problemas, pues la eficacia frente a la sociedad de un pacto parasocial omnilateral está condicionada a que la esfera subjetiva de los socios no varíe desde la firma hasta la producción de efectos”. (Ayala, 2016, p. 1)

Al respecto cabe mencionar que la eficacia obligatoria de los pactos parasociales está circunscrita a los sujetos que los han celebrado, por lo que excluye a los terceros, esto es, a todos aquellos que no han sido parte en el contrato, con especial énfasis, a los demás socios, a la sociedad, y a los adquirentes sucesivos de las acciones o participaciones. Sin embargo, ello no obsta para que el acuerdo pueda recaer en mayor o menor grado sobre la estructura social.

En consecuencia,

“Los pactos parasociales al considerar que el querer de las partes al vincularse por un acuerdo extrasocial implica de suyo una renuncia expresa a la posibilidad de oponer lo pactado frente a terceros y frente a la sociedad, es decir que el cauce que dirigirá la relación que emana del pacto jamás podrá ser el societario en sentido estricto”. (Henaó, 2013 p. 197).

Cabe destacar en relación a los pactos parasociales, que su validez, eficacia, infracción o incumplimiento y posibles garantías estarán establecidas por el régimen general de los compromisos contractuales, razón por la cual se

exceptuarán únicamente aquellos acuerdos que deseen regular los mismos intereses que han sido el objetivo del negocio principal.

2.8 El mecanismo del *Enforcement* en los pactos parasociales

Los pactos parasociales como acuerdos extracontractuales entre los miembros de una sociedad buscan regular los aspectos no considerados estatutariamente y tienen como forma de aplicación el principio de *enforcement inter partes* del pacto parasocial, que no es más que la facultad potestativa de ejecutar o hacer efectivo todo lo acordado en el pacto que viene a ser Ley entre las partes. Para Paz-Ares (2003) “[...] la eficacia obligacional *inter partes* puede desmotivar su uso, ante la imposibilidad con la que en principio cuentan las partes de hacerlos efectivos en la esfera societaria” (p.12).

Con respecto a esta afirmación hay que aclarar que si bien la naturaleza de los pactos parasociales es de carácter contractual solo producirá efectos entre las partes que lo celebren y estará regulado por el derecho de obligaciones recogido por el Código Civil donde al generarse algún tipo de litigio o controversia por falta de cumplimiento de alguna de las partes, se podrá obligar a su cumplimiento o acción de indemnización si fuere el caso.

Con respecto a este punto, es válido tener en consideración lo establecido por Feliu Rey (2012) que establece que “[...] el ordenamiento jurídico no es ajeno a la protección de los pactos parasociales; y algunos establece algunos remedios que suelen ser previstos en la mayoría de las legislaciones del sistema del civil [...]” (p.125). Se debe aclarar que en ningún momento ante la posible infracción o incumplimiento del acuerdo parasocial pueden invocarse las normas del ordenamiento jurídico de la sociedad ya que las mismas pertenecen a una naturaleza distinta al acto parasocial.

El incumplimiento de un pacto parasocial, a diferencia de otros tipos de contratos, puede representar por su particular naturaleza una conexión de

carácter funcional con el contrato social y la especialidad de su contenido unas consecuencias muy serias, y por consiguiente definitivas en el ámbito económico y social. Es por ello, que pasaremos a analizar las acciones legales con los que puede contar el acreedor ante el supuesto incumplimiento del pacto parasocial.

En concreto se analizarán los mecanismos de tutela generales ante el incumplimiento del pacto parasocial aunque algunos de los elementos analizados no sean viables para exigir el incumplimiento de la acción.

2.9 Acciones Generales ante el incumplimiento de los pactos parasociales

Una de las eventualidades con las que se enfrentan a diario los integrantes de una determinada sociedad es el incumplimiento por parte de algunos de sus integrantes en determinadas cláusulas pactadas en relación a las obligaciones previamente pactadas. El incumplimiento de una determinada obligación en el caso de los pactos parasociales puede tener a diferencia de otros tipos de contratos en cuanto a la particular naturaleza dada su conexión funcional con el contrato social y la especificidad de su contenido serias repercusiones que buscan la reparación de un eventual daño económico o de carácter social. Es por ello, que para Ayala (2016)

“La eficacia obligatoria de los pactos parasociales está circunscrita a los sujetos que los han celebrado, por lo que se excluye a los terceros, esto es, a todos aquellos que no han sido parte en el contrato, con especial énfasis, a los demás socios, a la sociedad, y a los adquirentes sucesivos de las acciones o participaciones”. (p. 1)

De ahí que los pactos parasociales como disciplina jurídica ante la insuficiencia manifestada en las pocas normativas al respecto utilizan los mecanismos del derecho de obligaciones para encontrar los argumentos necesarios para pedir el cumplimiento de una determinada obligación.

2.9.1 Acción de Cumplimiento

La ejecución específica de la prestación debida, cuyo alcance estará determinado por el objeto de la prestación (dar, hacer, no hacer) y por la posibilidad física y jurídica de realizarla (Henaó, 2003, p. 56).

Los pactos parasociales como acuerdos de carácter extracontractual entre los integrantes de una sociedad buscan regular los aspectos no considerados estatutariamente a través del derecho de obligaciones. Hay que ser claro en manifestar que si bien la naturaleza de los pactos parasociales es de carácter contractual la misma solo provocará efectos entre las partes que lo celebren y estará regulado como ya se mencionó por el derecho de obligaciones contemplado en el Código Civil donde establece que al generarse algún tipo de litigio o controversia por falta de cumplimiento de alguna de las partes, se podrá obligar a su cumplimiento o acción de indemnización si fuere el caso.

En cuanto a este tema, se debe ser claro que bajo ninguna circunstancia, cuando se infrinjan o incumplan los acuerdos adoptados como parte de un pacto parasocial, se podrían invocar las normas del ordenamiento jurídico de la sociedad o derecho mercantil, ya que las mismas pertenecen a una naturaleza distinta al acto parasocial.

En este sentido Feliu Rey (2012) establece sobre la acción de incumplimiento lo siguiente:

“[...] para ejercer la acción de cumplimiento es necesario distinguir entre a pretensión de acción y la ejecución forzosa olvidándose que para determinadas obligaciones distintas a las de carácter pecuniario, es requisito sine qua non para llevarla a cabo la ejecución forzosa un previo título que lleve aparejada la ejecución. (p. 347)

Otro aporte de relevante importancia lo realiza Paz-Ares (2003) que establece que el derecho español contempla la posibilidad de realizar la solicitud de la prestación para lo cual ofrece varias soluciones las cuales son:

“[...] (i) cuando el objeto de la obligación consiste en un *dare*, el *enforcement* se logra mediante diligencias de entrega forzosa de la cosa (ii) cuando consiste en un *facere* no estrictamente personal o fungible, a través de la orden a un tercero para que realice la prestación a expensas del deudor;(iii) cuando consista en un *facere* personalísimo o infungible, a través de la conminación al deudor para que cumpla él mismo la prestación bajo el apercibimiento de pagar multas coercitivas por cada mes de retraso (iv) cuando consista en un *volere* en la emisión de una declaración de voluntad, en la sustitución de la voluntad del deudor rebelde por medio de la sentencia ; (v) cuando consista en un no *facere*, mediante un complejo sistema, que incluye la condena al deudor para que remueva el estado de cosas provocado por la infracción de su obligación”. (p. 3)

A este respecto, existen países que siguiendo la tradición del sistema *Common Law* establecen ante una acción de incumplimiento de naturaleza extraordinaria puedan invocar a través de la orden de un juez la posibilidad de que la parte que siendo infractora deba cumplir de manera expedita lo que se comprometió a cumplir. Esta orden que es emanada por la autoridad competente debe ser otorgada de manera excepcional y en estrictas circunstancias, ya que dentro de los *remedies of damages* se manipula con mucha mayor continuidad la indemnización de naturaleza económica.

Bajo esta premisa como regla general, por este sistema, solo emanará esta *specific performance*: cuando la compensación de daños y perjuicios sea inadecuada cuando se hable de pactos diferentes a los de obra personal o de prestación de servicios; solo si es viable ejecutar un seguimiento de su acatamiento por parte del juez, o por atribuciones de justicia a favor del demandado.

2.9.2 Cumplimiento Forzoso o Ejecución Forzosa

El ordenamiento jurídico del Ecuador parte del principio de que la prestación debida debe ser cumplida tal y como fue acordada de manera clara y específica. De modo que ante el posible incumplimiento de la prestación debida por parte del acreedor conocida una vez emitida una orden por parte del tribunal o mediante alguna sentencia de cosa juzgada se procederá al cumplimiento forzoso de forma específica.

En palabras de García Rivas (2006) el cumplimiento de la obligación

“[...] consiste en exigirle al deudor el cumplimiento. Si no cumple voluntariamente, el tribunal podrá decretar la ejecución forzosa en forma específica, *in natura*: por el propio deudor o a su costa, según los casos. Si no es posible, por tratarse de una obligación de hacer personalísima, o por haber devenido imposible el cumplimiento *in natura*, procederá el cumplimiento por equivalente”. (p. 87)

Esta medida provee la satisfacción completa del acreedor ejecutante dado que este tipo de resoluciones judiciales son reconocidas por el ordenamiento jurídico del Ecuador como un derecho con el que cuenta el acreedor en caso de no ver satisfecha una obligación determinada. Pero a pesar de este señalamiento la acción de cumplimiento forzoso como una facultad con la que cuenta el acreedor no significa que sea la primera solución expedita frente al posible incumplidor ya que existe la posibilidad que por razones de orden económico no le interese la ejecución de esta acción.

2.9.3 Acción de indemnización por daños y perjuicio

Para poder entender la acción de indemnización por daños y perjuicio es necesario tener en consideración que la misma es una herramienta con la que cuenta el acreedor en caso de incumplimiento por parte del deudor. Para ello, es necesario comprender que el cumplimiento de una determinada obligación

tiene como finalidad obtener por parte del deudor una determinada prestación que no fue cumplida de acuerdo como fue acordada al inicio del pacto o contrato. Es por ello, que el ordenamiento jurídico del Ecuador establece una serie de medidas que aseguran el cumplimiento de una determinada prestación.

Sobre este tema Minchala Orellana (2015) establece:

“[...] indemnización es la reparación y el desagravio que hace ya sea el sujeto activo del cuasidelito, o el sujeto negligente, imprudente, para subsanar en algo el delito o cuasidelito cometido en contra de otra persona agraviada, en suma no es más que la reparación económica que debe realizar el autor de un delito o cuasi delito por el daño causado al sujeto pasivo del ilícito”. (p. 38)

Puede ocurrir que el cumplimiento de una determinada obligación, no se pueda llevar a cabo por el devenir de una prestación imposible que podría ser en el caso imputable al deudor, lo cual podría sustituirse por la ejecución de forma específica por su equivalente pecuniario el cual la dogmática jurídica denomina *aestimatio rei*. El problema surge en estimar si, luego que la obligación no fue cumplida como se pactó desde el inicio, el equivalente pecuniario es de carácter autónomo e independiente de la indemnización de daños y perjuicio o si, es una pieza integrante de la misma.

Aunque esta materia es disputa de algunos autores, creímos oportuno tocar de manera sucinta el tema ya que, desde el punto de vista doctrinal, el mismo representa uno de las soluciones más eficaces para el cumplimiento de los pactos parasociales. Para Berges Angós (2009), la acción de indemnización de daños y perjuicios “[...] presenta dos posiciones que influyen de manera directa a la hora de articular el ejercicio del derecho a través de la solución correcta para el acreedor, en caso de ver incumplida su prestación en los acuerdos parasociales” (p. 28).

Es por ello, que si se opta por la autonomía del cumplimiento equivalente ello implica para el acreedor que en la ejecución de cumplimiento se obtendrá la prestación originaria o ante la imposibilidad el equivalente pecuniario de la misma.

Es necesario destacar que las controversias originadas por el desacato o incumplimiento de los pactos parasociales constituyen hoy en día uno de los principales problemas en el ordenamiento jurídico societario. En particular como se mencionó los pactos parasociales como acuerdos o pactos celebrados entre las partes están regidos por el derecho común de obligaciones.

En este sentido, la acción de indemnización por daños y perjuicios dentro del régimen de responsabilidad contractual, obligue a quien ha incumplido lo establecido y ha causado un daño, a resarcirlo. Es por ello, que no solo basta, la acción infractora sino que paulatinamente a esto es necesario demostrar la existencia de la obligación, el daño, el incumplimiento y el nexo entre las partes

Con respecto a este punto Paz-Ares (2003) establece:

“Desde el punto de vista práctico de la efectividad de este mecanismo que tropieza con la grave dificultad de probar y cuantificar el daño ocasionado por la infracción de un pacto para social, como valorar los daños causados por ejemplo los daños que puede experimentar un socio al que no se permite acceder en contra de los estipulado, al consejo de administración de la sociedad”. (p. 21)

A este respecto hay que mencionar que, para lograr un efectivo cumplimiento de la obligación contraída, es aconsejable establecer de antemano una liquidación abstracta del daño a través de una cláusula penal que permita que cualquier accionista, pueda exigir al margen de lo acordado la indemnización que le corresponda por el eventual incumplimiento.

Con relación a este aspecto cabe destacar que:

“Dentro del régimen de responsabilidad contractual, quien ha incumplido lo pactado y ha ocasionado perjuicios a su contraparte está llamado a resarcirlos. Como debemos suponer, no basta el mero incumplimiento, sino que es necesario demostrar la existencia de la obligación, su incumplimiento, la producción del daño, y el nexo de causalidad entre aquel y este”. (Henaó, 2013, p. 197).

2.9.4 Acción de remoción

La ejecución forzosa de un pacto parasocial es en la mayoría de los casos es una tendencia que va desde lo teórico a lo práctico. No obstante, la posibilidad teórica de ejercitar la pretensión de cumplimiento se revela de manera muy importante puesto que nos permite la apertura de algunos caminos que resultan productivos para un eficaz *enforcement* de los convenios de voto y otros pactos parasociales de similar significación. La primera de ellas lleva a la denominada acción de remoción esta acción que está contemplada en algunos de los ordenamientos jurídicos civiles y busca eliminar el aparente estado de ciertas cosas que se han originado por incumplimiento.

El objetivo de esta acción es remover el voto que fue emitido por el socio infractor y volver a someter a consideración el tema por el cual no se decidió a causa del voto negativo del mismo. Sin embargo, la efectividad de esta acción va a depender de que no prevalezca una eventual alteración de impedimento que resguarde los derechos de terceros de buena fe o que manifieste que ya no es pertinente destituir los efectos de los fallos tomados, por motivo del tiempo que ha acontecido.

Al respecto de este tema Massaguer Fuentes (1997) establece:

“La acción de remoción (...) no sólo permite el aseguramiento de la condena a cesar, sino también y principalmente la eliminación de aquel estado de cosas contrario a Derecho traído por el acto de competencia

desleal que sea duradero; eso es, de aquel estado de cosas que pueda persistir igualmente cuando no existe riesgo de continuación o de repetición del acto de competencia desleal”. (p. 106)

Para realizar el trámite de esta acción, el socio reclamante debe poseer el deseo de invalidar el convenio que se acordó llevar a cabo, invalidando el voto que fue expresado por el deudor o socio infractor o, en otro caso, volver a someter a la circunspección de dicha Junta la proposición del acuerdo que no fue adquirida por causa del voto negativo del socio incumplido.

Es por ello, que el hecho de poder solicitar el cumplimiento de una determinada obligación *in natura* nos lleva a admitir la posibilidad de remover o deshacer lo mal hecho (acción de remoción) mediante una prohibición de votar o mediante la sustitución coactiva de la voluntad del socio infractor. De esta manera se haría la pretensión ante un juez para que obligue al demandado a emitir su voto o que el mismo sea reemplazado por una sentencia que permitirá a los accionistas la revocación del acuerdo adoptado previamente o la adopción de un nuevo acuerdo. Es por ello, que para Henao (2013):

“[...] el éxito de esta acción dependerá de que no prospere una eventual excepción de imposibilidad que ampare los derechos de terceros de buena fe o que demuestre que ya no es oportuno remover los efectos de las decisiones tomadas, por razón del tiempo que ha transcurrido”. (p. 199)

Sin embargo es natural, que la posibilidad de que la labor de remoción puede notarse contrarrestada por la irregularidad del impedimento, que prevalecerá mientras existan derechos de terceros fundamentalmente de socios no emparentados por el pacto parasocial que puedan verse afectados, o por motivos de simple conformidad. Con el paso del tiempo, como sencillamente puede imaginarse, habrá delimitado en muchos casos de interés a la remoción.

En este sentido, hay que mencionar que la viabilidad en la aplicación de la acción de remoción puede en algunos casos verse neutralizada por la excepción de imposibilidad cuando exista derechos de terceros por ejemplo el de socios que no se encuentren vinculados con el pacto parasocial, los cuales pueden verse afectados por razones de oportunidad. (Feliu, 2012, p. 125)

2.9.5 Resolución del acuerdo

A lo largo de este estudio, hemos podido apreciar las principales acciones con las que cuenta el acreedor en caso de observar algún tipo de incumplimiento, en los pactos parasociales como una forma de asegurar que el deudor cumpla con la determinada obligación; cuya finalidad, es como lo establece el derecho de obligaciones, resarcir al acreedor por los daños ocasionados producto de su incumplimiento.

En consecuencia al evaluar el ordenamiento jurídico del Ecuador en esta materia se puede observar que el mismo, sigue los principios generales del derecho de obligaciones al establecer que para la ejecución de la resolución de un contrato tiene que materializarse el incumplimiento por parte del deudor en referencia a lo que fue pactado. De esta afirmación Illescas Ortiz (2004) establece lo siguiente:

“La viabilidad de esta medida estará condicionada a la naturaleza sinalagmática de la prestación contenida en el pacto, lo que quiere decir que en los supuestos en los que el acuerdo sea de aquellos que la doctrina ha denominado como "sociedades" internas no es posible hacer uso de esta herramienta”. (p.14)

Dentro de los acuerdos parasociales, la resolución del acuerdo puede de manera específica contemplar una cláusula de resolución de carácter expreso o de manera indirecta en otra cláusula, un ejemplo claro de esta afirmación se encuentra en las cláusulas penales que es ampliamente admitida en la doctrina universal.

2.9.6 Medios de Autotutela

Según lo expresado por Henao (2013), cuando un socio ha incumplido alguno de los acuerdos establecidos, además de los mecanismos legales establecidos, posee la opción de acudir a otras herramientas que le permite compeler al socio incumplido, a que realice lo que es su obligación. En este sentido esta autora refiere que:

“Las partes, dentro del margen de autotutela de sus intereses, pueden acordar de forma libre los medios que consideren para asegurar el cumplimiento de las prestaciones contenidas en el pacto, ya sea por medio de una cláusula penal, por medio de la constitución de una prenda, fianza u otra garantía independiente, o mediante la atribución de un *put* o de un *call* frente al socio incumplidor.

La cláusula penal es entendida como una estipulación que establece la obligación del deudor de satisfacer una prestación –pena– en caso de incumplimiento de la obligación que garantiza, por lo que se trata de un mecanismo que busca generar un efecto coercitivo sobre el deudor y que pretende liquidar de forma anticipada los perjuicios causados al acreedor. De la mano de mecanismos como la prenda, que busca, mediante un derecho real de garantía que tiene el acreedor sobre un bien mueble, reforzar la responsabilidad patrimonial del deudor; la fianza, garantía de carácter personal; o la opción de compra o venta, con la cual se pacta un precio disuasorio en virtud del cual el socio incumplidor se verá en la obligación de adquirir las participaciones por un precio mayor al del mercado, o a venderlas por debajo del mismo, dependiendo de la estructura del pacto, tal como lo veremos en el aparte destinado a este tema, se ve reforzado el cumplimiento del acuerdo extraestatutario en la esfera privada. (pp. 199-200)

Sin embargo, en el aparente de los pactos de atribución, como ha quedado justificado en líneas anteriores, al hablarse de un negocio a favor de un tercero, insistimos, es probable que la sociedad reclame de quien pertenezca la

prestación comprendida en el acuerdo parasocial, haya o no participado claramente en su celebración. Cuando el pacto ha sido acordado y la sociedad obtiene la condición de beneficiaria, está habilitada para hacer reivindicatorio la autoridad de la que es titular.

Entonces, en lo concerniente a los pactos de relación, la índole de los mismos puede finiquitar que al no incidir en el ámbito social, y delimitarse a suministrar efectos en el ámbito privado, no es viable alcanzar las medidas sociales de protección.

A lo que se refiere en los pactos de clasificación, las objeciones son menos irrefutables. Al no anteponer la causalidad material entre la sociedad y los socios, cuando cuya generalidad de ellos no ha inscrito el pacto, se debe certificar que la compañía es un tercero acerca del cual cobra total eficacia al inicio de asimilación de las estipulaciones. Partiendo de, cuando se habla de convenios o pactos parasociales que han sido acogidos por la mayoría de los socios, la disciplina y la legislación se han selecto por una perspectiva permitida que accede hacer uso del ejercicio de objeción de los convenios sociales para resguardar el desempeño, si es viable, del pacto convenio extraestatutario que ha sido quebrantado. (Henao, 2013, p. 85).

2.10 Terminación del pacto parasocial

La terminación del pacto parasocial estará sujeta a la llamada conciencia objetiva, que implica de forma clara que los compromisos asumidos bajo un régimen jurídico, solo podrán hacerse efectivos bajo este, es decir, que los acuerdos celebrados bajo la figura del pacto parasocial solo podrán ser eficaces bajo el régimen aplicable a aquellos, esto es, el régimen general de las obligaciones; de esta forma, si las partes no han integrado estos acuerdos al ordenamiento de la sociedad, no podrán hacer uso de los mecanismos tuitivos de los diferentes intereses que esta consagra.

Ahora, el punto de quiebre del aspecto objetivo de la terminación del pacto parasocial es la entera coincidencia de los resultados que es precisamente lo que acontece con los casos de impugnación de acuerdos sociales cuando a través de la acción de remoción o de cumplimiento se obtienen las mismas consecuencias que las que otorga un proceso ordinario de impugnación; para algunos se trata, en últimas, de un tema de economía procesal. (Pérez, 2009, pp. 7-8)

Antes de proceder a proponer la posibilidad de la impugnación de un acuerdo social por el incumplimiento del mismo suscrito por todos los socios, debemos acreditar que se trata efectivamente de un acuerdo extraestatutario válido y eficaz. De forma unánime hoy se reconoce la validez de los pactos celebrados por fuera de los estatutos, siempre que en principio sean acordados respetando los límites impuestos a la autonomía de la voluntad.

Al respecto, Sáez Lacave (2009) establece que “[...] a mera infracción del convenio parasocial de que se trate no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado” (p. 22). Sin embargo, se reitera, que no resulta fácil llegar al mismo grado de consenso cuando se trata de especificar los límites de forma particular, ya que, además de los impuestos a la celebración de los contratos de forma general, la doctrina ha optado por incluir algunos límites dependiendo del contenido material del acuerdo, y hay quienes consideran que el pacto parasocial en términos prácticos implica la configuración de una sociedad interna, por lo que habrán de cumplirse los parámetros que se imponen en los diferentes ordenamientos a las sociedades civiles.

Cuando los socios de una compañía anónima o limitada celebran, simultáneamente un acuerdo entre ellos fuera de los estatutos pactos parasociales frecuentemente no incluyen cláusula alguna sobre la duración de tales pactos. O, más a menudo, refieren la duración del pacto parasocial a la vigencia de la compañía, esto es, pretenden que el pacto parasocial obligue a los firmantes en tanto éstos sean socios de la sociedad anónima o limitada.

Si no se ha incluido cláusula de duración, hay que entender que el pacto parasocial es una sociedad interna meramente obligatoria que tienen duración indeterminada. Afirmar que la vinculación entre la duración del pacto parasocial y la duración de la sociedad anónima o limitada a la que se refieren de los pactos, en ocasiones no es expresa de modo que será una cuestión de interpretación decidir si las partes han querido establecer tal duración de la sociedad anónima o limitada.

En todo caso, si la sociedad anónima o limitada está pactada por tiempo indefinido, como es habitual, habría que concluir que también el pacto parasocial es de duración indefinida, con lo que se vuelve a plantear la cuestión de su denunciabilidad unilateral.

Existen autores especialistas en la materia que estiman que la aplicación de la cláusula que establece la duración del pacto parasocial es de carácter válido y no viola la vinculación perpetua ni permite considerar que el pacto parasocial es de duración indefinida.

2.10.1 Duración

La duración está referida al tiempo por medio del cual están vigentes las obligaciones contraídas por los socios que nacen justamente del mismo expresándola en una cláusula que incide de manera directa en la vigencia de la sociedad.

En palabras de Noval Pato (2012):

“[...] la duración y vigencia del pacto parasocial está determinada de igual forma como está establecido en el derecho de obligaciones a los hechos de determinados que ocurran en el determinado pacto que mantendrían una regulación de carácter funcional”. (p. 45)

Es decir que la terminación del pacto se puede dar las circunstancias derivadas de la relación de los socios firmantes del pacto o bien, de hechos motivados por la propia lógica del desarrollo de la vida social.

2.10.2 Otros supuestos de Terminación

Hay que tener en consideración una reflexión de vital importancia en esta materia y es que la no estipulación de la terminación de los pactos parasociales no supone la disolución de la sociedad. Por lo cual dependiendo de cuál sea el interés de las partes la terminación del pacto parasocial puede variar como lo son Común acuerdo, extinción de la sociedad, denuncia unilateral con preaviso, bloqueo, incumplimiento del pacto.

2.10.2.1 Común Acuerdo

Como lo establece el derecho de obligaciones la voluntad expresada por las partes representa Ley entre las mismas. Por ello, la voluntad de los firmantes del pacto es causa suficiente para la terminación del mismo.

2.10.2.2 Extinción de la sociedad

El carácter accesorio del pacto parasocial, respecto a una sociedad determinada establece que la extinción de esta implica necesariamente la terminación de aquel. Distinta situación es la que se da cuando se trata de mantener en vigencia algunas de las cláusulas del pacto establecidas en forma expedita para el supuesto de la disolución de la sociedad.

2.10.2.3 Denuncia Unilateral con Preaviso.

Esta figura establece que las partes pueden pactar la finalización del pacto parasocial realizando un pre aviso al resto de las partes del hecho. Esta decisión de finalizar el pacto puede ser de carácter parcial o total dependiendo

de que dicha decisión afecte solo a la parte que notifica su intención o bien a todos los firmantes.

En palabras de Aparicio (2010):

“Para poder realizar la resolución anticipada del pacto parasocial se debe realizar la denuncia correspondiente por algunos de los socios que fueron lo que expresaron de hecho una determinada voluntad que fue declarada en el pacto [...]”. (p. 78)

Hay que ser claros que en esta forma de terminación del pacto parasocial estará insertada la acción de buena fe que al igual que en el resto de los contratos atípicos exige que la notificación del preaviso se realice en un plazo razonable para que el resto de la sociedad tenga el suficiente tiempo para tomar las previsiones del caso.

2.10.2.4 Bloqueo

Existe la posibilidad de que el pacto parasocial pueda terminarse a través de un bloqueo, que se da en el seno de la propia sociedad o bien entre los firmantes del mismo. Un ejemplo de ello se da cuando, en una sociedad, dos supuestos socios que son titulares uno del 100 por ciento de las acciones y el otro del 50 por ciento, y además ocupan el cargo de administradores mancomunados, al llegar el momento de establecer o decidir sobre alguna situación específica, entran en desacuerdos, originando con ello una situación de bloqueo, afectando de manera directa el funcionamiento de la empresa, por cuanto al no ponerse de acuerdo, no se logra implementar la cuestión en debate. (Fernández, 2007, p. 122)

2.10.2.5 Incumplimiento del Pacto

Ya hemos mencionado que los pactos parasociales representan un contrato que versa sobre el acuerdo de voluntades, que se establece entre los socios de

una determinada compañía para regular aspectos vinculantes al funcionamiento de la misma que en la mayoría de los casos estará regulado por el derecho de obligaciones. Por lo cual en los supuestos de terminación por incumplimiento normalmente se establece el inicio de un procedimiento considerado por el derecho común tendiente a la solución o reparación del mismo.

Como hemos podido observar a lo largo del desarrollo de este capítulo, la figura jurídica de los pactos parasociales son considerados hoy en día una disciplina que versa sobre la voluntad expresa en pactos o acuerdos que buscan regular determinadas materias no consideradas en la escritura pública cuando se constituye una determinada compañía. Esta nutrida disciplina cuenta con elementos estructurales que le permiten en la actualidad considerarla como una de las figuras jurídicas más importantes en el derecho continental y sobre todo en el anglosajón.

Esta situación, refiere a realizar una evaluación del marco normativo del Ecuador para diagnosticar si en la actualidad esta disciplina está contemplada en el ordenamiento jurídico del Ecuador. Así como también evaluar la viabilidad de insertarla como una figura autónoma dentro del derecho societario.

3. CAPÍTULO III. LINEAMIENTOS PARA LA APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS PARASOCIALES EN LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA ECUATORIANA

Este capítulo tiene como finalidad realizar un estudio sobre la posibilidad de establecer la aplicación de los acuerdos parasociales en la Legislación Societaria del Ecuador.

3.1 Acuerdos Parasociales en la Legislación Ecuatoriana

Ya se ha desarrollado en el capítulo anterior los postulados doctrinarios más importantes en relación a los pactos parasociales. De esta manera se puede establecer que cuando se habla de esta figura jurídica se hace referencia a los negocios jurídicos, o contratos, en los que se expresa la voluntad de los asociados o de algunos de estos, los cuales tienen como objeto regular relaciones entre los accionistas, o entre los accionistas y la sociedad, por fuera del contrato social.

Entorno a esto, los pactos parasociales en la legislación del Ecuador “[...] no son comunes, pues una de sus principales finalidades, la no divulgación, se encuentra truncada por el artículo 146 de la Ley de Compañías” (Salgado, 2015, p. 86).

Del mismo modo, el ordenamiento jurídico del Ecuador establece en el artículo 12 de la Ley de Compañías (1999) lo siguiente “Será ineficaz contra terceros cualquiera limitación de las facultades representativas de los administradores o gerentes que se estipulare en el contrato social o en sus reformas”.

Como se puede observar en la norma tipificada es ineficaz establecer acuerdos entre socios que limiten de alguna forma las facultades representativas de los administradores, más aún si esta decisión se toma de forma unilateral por todos los socios. Pareciera que la doctrina estuviese comenzando a aceptar el

acuerdo de voluntades celebrado entre los socios de una determinada compañía. Es más, al respecto se puede mencionar realizando un análisis apegado a los estamentos doctrinales que los pactos parasociales adoptados por todos los socios, junto con los estatutos, componen el contenido contractual de la sociedad, por lo que esa separación dogmática absoluta que existe entre el derecho de sociedades y el derecho de obligaciones, cuestión que debería ser revisada urgentemente.

Sobre la base de estas consideraciones es oportuno señalar que la doctrina española se hace una gran pregunta referida a este tema y es ¿se debe hacer cumplir estrictamente la letra de la ley y por consiguiente, dictaminar la oponibilidad a la sociedad de los pactos parasociales, o se debe obligar al cumplimiento del pacto?

Por otra parte, el artículo 191 de la Ley de Compañías (1999) establece “El derecho de negociar las acciones libremente no admite limitaciones”. Esto significa desde una posición formalista, que cualquier limitación provocaría la nulidad, ya que estaría en contra de lo legislado expresamente. Sin embargo, a nivel privado se ha utilizado los pactos parasociales, en los cuales se han plasmado las necesidades de los accionistas, sin que esto afecte directamente a la Sociedad.

A este respecto cabe acotar que existen dos tipos de pactos o acuerdos aquellos que son suscritos o realizados por todos y cada uno de los socios y los realizados solamente por una parte de ellos.

Sobre este tema Sáez Lacave (2009) establece:

“[...] los acuerdos de todos los accionistas son en sustancia complemento del contrato social tal y como se recoge en los estatutos, de tal manera que juntos, pactos más estatutos, conforman desde una óptica económica, un contrato más completo de sociedad”. (p. 24)

Un ejemplo claro que coloca el autor Andrés Ortiz (2016), en el cual señala que “(...) consideramos que si bien el accionista, legalmente amparado, resolvió enajenar sus acciones a un tercero sin ofrecérselas previamente a los otros accionistas conforme lo obligaba el pacto parasocial, no puede ser que el Derecho no se encargue de establecer sanciones a quien violó un convenio válidamente celebrado.” (Ortiz, 2016)

De acuerdo a al ejemplo en el párrafo anterior, aunque en el pacto parasocial se limitó el derecho del accionista, y de acuerdo a nuestra legislación esta limitación desembocaría en la nulidad del pacto, también se debería tomar en cuenta que el incumplir con este acuerdo aceptado por los accionistas se podría aplicar daños y perjuicios.

En España según lo expresa Henao (2013) sobre la regulación de los pactos parasociales establece:

“En el año 2002 se aprobó, por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, que en el Título del Libro, sobre las sociedades cotizadas, regula los pactos parasociales sujetos a publicidad. En este modelo se acoge un concepto restringido de acuerdo que incluye únicamente las dos modalidades arquetípicas del pacto parasocial el acuerdo de voto y el de bloqueo, además de la previsión de los pactos que se proyecten sobre el ejercicio del derecho al voto no solo de las juntas Generales de las sociedades cotizadas”. (p. 191)

Es oportuno señalar que el artículo 210 de la Ley de Compañías (1999) establece que “las acciones con derecho a voto lo tendrán en proporción a su valor pagado. Es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas que tengan derecho a votar”. En relación a lo determinado en la legislación societaria ecuatoriana, al momento que se restringe el derecho al voto, esta limitación conlleva a la nulidad de cualquier pacto o convenio.

De acuerdo a lo señalado por Andrés Ortiz (2016):

“Es tan amplia la prohibición que realmente resulta muy difícil pensar que en el país se comiencen a utilizar estos pactos de organización, más aún cuando nuestra Jurisprudencia poco o nada ha dicho respecto de este tema. A pesar de esto, se cree que en el país más temprano que tarde, se comenzará a aceptar cuando menos judicialmente, la tesis que el socio que incumple un pacto parasocial deberá asumir las consecuencias que su incumplimiento provoque al resto de socios firmantes del pacto, esto es, el pago de la debida indemnización de daños y perjuicios que deberá ser fijada por un juez.” (Ortiz, 2016)

3.2 Limitantes de la legislación societaria ecuatoriana en el uso de acuerdos parasociales

Los pactos parasociales como contratos jurídicos celebrados por todos los socios o parte de ellos presentan características en cuanto a su naturaleza y están íntimamente vinculados con la autonomía y su accesoriedad funcional respecto a este. Esta figura jurídica ha sido objeto de una variedad de discusiones en torno a su implementación en los diferentes ordenamientos jurídicos en todo el mundo ya que su aplicación en la legislación societaria ecuatoriana resulta un tema importante de estudio pues permitiría entender lo dinámico de estos acuerdos extra estatuarios.

Ahora bien, el artículo 146 de la Ley de Compañías del Ecuador (1999) establece que “La compañía se constituirá mediante escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil del cantón en el que tenga su domicilio principal la compañía. La compañía existirá y adquirirá personalidad jurídica desde el momento de dicha inscripción. La compañía solo podrá operar a partir de la obtención del Registro Único de Contribuyentes en el SRI. Todo pacto social que se mantenga reservado, será nulo.”

Para poder realizar un análisis de los pactos parasociales dentro del Sistema Societario del Ecuador, es necesario tener en consideración que dicha figura jurídica es considerada nula de acuerdo a lo establecido en el artículo 146 de la Ley de Compañías del Ecuador, mediante la cual establece de forma clara que todo acuerdo entre socios de una compañía debe ser considerado en la escritura pública que será objeto de protocolización por parte del Registro Mercantil careciendo de nulidad absoluta toda forma de acuerdo o pacto celebrado entre los socios que este fuera de lo establecido en la escritura pública.

Pese a la afirmación realizada por el artículo 146 de la Ley de Compañías del Ecuador (1999) de considerar todo pacto social que se mantenga reservado entre los socios de una compañía como nulo podemos establecer que dicha afirmación representa un sentido inverso a lo que se estima como un pacto parasocial. En este sentido, podemos señalar que la estructura del pacto parasocial presenta una realidad jurídica distinta del contrato fundacional de una determinada compañía puesto que al hablar de los pactos parasociales se trata de acuerdos que se originan fuera de la escritura pública principio que está en contraposición de lo establecido en el artículo antes mencionado.

Por otro lado, el artículo 128 de la Ley de Compañías del Ecuador (1999) establece lo siguiente:

“Sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar, los administradores o gerentes responderán especialmente ante la compañía por los daños y perjuicios causados por dolo, abuso de facultades, negligencia grave o incumplimiento de la ley o del contrato social. Igual responderá frente a los acreedores de la compañía y a los socios de esta, cuando hubieren lesionado directamente los intereses de cualquiera de ellos”.

Con respecto a esta afirmación hay que aclarar que si bien la naturaleza de los pactos parasociales es de carácter contractual solo producirá efectos entre las

partes que lo celebren y estará regulado por el derecho de obligaciones recogido por el Código Civil donde al generarse algún tipo de litigio o controversia por falta de cumplimiento de alguna de las partes, se podrá obligar a su cumplimiento. Con respecto a este punto, se debe aclarar que en ningún momento ante la posible infracción o incumplimiento del acuerdo parasocial pueden invocarse las normas del ordenamiento jurídico de la sociedad ya que las mismas pertenecen a una naturaleza distinta al acto parasocial.

Sobre esta consideración es oportuno señalar que si los pactos parasociales están regulados por el derecho de obligaciones en este sentido “[...] los pactos parasociales ha dejado al descubierto como disciplina autónoma que se está ante la presencia de un contrato que obliga a las partes que lo suscriben y que se rige, en principio, por el derecho de las obligaciones [...]”. (Aparicio, 2010 p. 80)

Como se ha venido reseñando a lo largo del desarrollo de esta investigación creemos que es pertinente evaluar lo establecido en el 1572 del Código Civil del Ecuador (2005) en concordancia con lo establecido en el artículo 128 de la LC referidos a las acciones con las que cuenta el acreedor ante la posible infracción del deudor al respecto se establece lo siguiente: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”. (Código Civil, 2005).

En referencia a este tema, es oportuno señalar que los acuerdos parasociales son como lo hemos venido señalando a lo largo de esta investigación un contrato suscrito por todos o parte de los socios que integran una determinada sociedad que representa el acuerdo de voluntades expresado en la manifestación de la voluntad en cuanto al funcionamiento y organización de la sociedad y que al mismo tiempo es regulado por el derecho de obligaciones dada su naturaleza en cuanto a su autonomía y accesoriedad funcional.

No obstante ante el incumplimiento de los acuerdos convenidos por algunas de las partes en torno a lo establecido en el pacto, el acreedor podrá invocar las acciones correspondientes que establece el derecho de obligaciones para ver satisfecha la voluntad que fue expresada en el acuerdo parasocial. Sobre este tema es oportuno señalar que como ya se mencionó el Código Civil del Ecuador (2005) establece una serie de acciones mediante las cuales el acreedor podrá solicitar para lograr el resarcimiento del daño causado tema que fue objeto de estudio en el capítulo II de esta investigación.

Esta realidad permite aclarar que en el Ecuador los acuerdos parasociales en la actualidad gozan de una aparente tipicidad de carácter social y por ello la doctrina en materia de obligaciones ha realizado un importante esfuerzo por dotar a esta disciplina jurídica de cierto orden jurídico que le permita ante la nulidad en el reconocimiento por parte del derecho societario del Ecuador su perfecto accionar en materia de obligaciones.

Es por ello, que la viabilidad de incorporar a esta figura doctrinaria en el ordenamiento jurídico del Ecuador debe estar ajustada a lo establecido en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) que menciona que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, en el Artículo 82 “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitución del Ecuador, 2008).

3.3 Eficacia jurídica de los acuerdos parasociales en la legislación societaria ecuatoriana

Los pactos parasociales buscan a través del acuerdo de voluntades entre los socios de una determinada sociedad acordar de manera extra estatutaria la organización y funcionamiento de la sociedad a través de la manifestación de la

voluntad de todos o parte de los socios integrantes de la compañía. Esta realidad permite que esta figura jurídica presente dentro de su contexto una finalidad tendiente a perfeccionar las disposiciones que son sometidas a la escritura pública como lo establece la Ley de Compañías del Ecuador (1999), en su artículo 146 señalado en el epígrafe anterior.

Por otra parte, las principales causas que han originado el nacimiento de los acuerdos o pactos parasociales están referidas a la imperatividad objetiva y subjetiva del Derecho societario en el Ecuador, que impide como ya se observó en el análisis de la Ley de Compañías, la inclusión de estatutos y ciertas cláusulas o acuerdos que se celebren fuera de la escritura pública y que permitan la personalización de los socios en el acuerdo de voluntades sobre el funcionamiento de la sociedad.

Cabe señalar que el ordenamiento jurídico del Ecuador obstaculiza el establecimiento de los pactos parasociales de acuerdo a lo contemplado en el artículo 146 de la Ley de Compañías (1999) ante lo que el investigador Salgado Valdez (2015) refiere que:

“[...] pueden los fundadores y promotores dejar constancia de los pactos, lícitos y legales por cierto, a los que hayan arribado a fin de que sean o no materia del contrato social o fuera de él, pero siempre de conocimiento de la Compañía”.

Esta consideración establece la posibilidad de contemplar los pactos parasociales dentro del contrato social y establecer nuevos acuerdos que estén fuera de él siempre que los mismos sean del conocimiento de todos los integrantes de la Compañía. Cabe mencionar que al respecto el artículo 137 de la Ley de Compañías del Ecuador en su numeral 10 también hace un señalamiento que parece aperturar la posibilidad de contemplar la inserción de los acuerdos parasociales dentro la legislación ecuatoriana siempre y cuando los mismos no sean reservados o desconocidos por la sociedad.

“Artículo 137. La escritura de constitución será otorgada por todos los socios, por si o por medio de apoderado. En la escritura se expresará: (...) 10) Los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en esta ley”. (Ley de Compañías, 1999)

En este sentido, es oportuno mencionar que ambas afirmaciones corresponden a la posibilidad de establecer alianzas parasociales, entre los socios de una compañía mientras que estas no estén reservadas u ocultas por la sociedad. Así mismo, se puede señalar que tanto en las corporaciones anónimas, como en las limitadas, los acuerdos entre socios o accionistas son permitidos, si las mismas no estén en contraposición con lo establecido en la ley.

En otras palabras, los pactos parasociales no son oponibles frente a la compañía, ya que si son los socios los que acuerdan determinados aspectos extra estatutarios solo regirá los asuntos celebrados entre ellos, más no aspectos generales de la compañía que previamente fueron protocolizados mediante la escritura pública en el registro mercantil.

Es por ello, que cuando se analiza la naturaleza de los acuerdos parasociales bajo una mirada dogmática se puede percibir que los mismos están supeditados a un criterio único pero al mismo tiempo dual, mediante el cual se basa en todo aquello que concierne a la organización societaria que no puede obedecer en forma exclusiva a los intereses del socio y la segunda de ellos, establece por el contrario un contenido no organizativo y la pretensión de atender exclusivamente los intereses individuales de los socios.

Sobre este tema Feliu Rey (2012) establece lo siguiente:

“Los convenios parasociales más significativos son los que manejan las habilidades de los socios o accionistas de manera mutua y sin la intermediación de la sociedad. Un claro prototipo palpable de esta categoría de estipulaciones o convenios son las restricciones de

encargos o colaboraciones, las cuales son determinadas en disposiciones como *drag along*, *tag along*, *lock up*, etc.” (p. 240).

i bien es cierto, que la Ley de Compañías en su artículo 191 establece que “el derecho de negociar las acciones libremente no admite limitación”. Por su parte la Doctrina N° 65 de la Superintendencia de Compañías se ha pronunciado sobre esta materia y ha establecido lo siguiente:

“[...] no puede ser objeto de renuncia preestablecida en el contrato social, ni puede permitirse que en el mismo resulte de cualquier manera limitado su ejercicio; pero, cualquier accionista está en libertad de renunciar al mismo mediante un pacto separado”. (2016, p. 2).

Sin embargo, la Doctrina No. 141 de la Superintendencia de Compañías establece:

“El convenio privado en virtud del cual el accionista de una compañía anónima se obliga a no enajenar sus acciones, sin el previo consentimiento de un tercero, accionista o no de esa misma compañía carece de valor jurídico, por objeto ilícito”. (2016, p. 6)

En la base de estas consideraciones de carácter doctrinal hay que ser claros en establecer que las mismas constituyen un referente esencial para la legislación. Al restringir la posibilidad de que un accionista realice actos de enajenación de sus acciones, a personas diferentes a las que estructuran la compañía, supone una limitación de su derecho de titularidad sobre las mismas, y por ende, un atraso en la naturaleza del poder disponer de lo que es suyo.

En virtud de estas disposiciones de carácter doctrinario, se puede mencionar que las mismas presentan inconsistencias a la luz del marco normativo del Ecuador. Puesto que como se establece en el artículo 191 de la Ley de Compañías establece de forma clara y enfática el derecho que tienen los accionistas a negociar de forma libre sus acciones dentro de la sociedad

disposición que se encuentra en concordancia con lo establecido en la Doctrina No. 65 de la Superintendencia de Compañías al establecer el carácter de ilimitado que tiene el accionista en el ejercicio de sus funciones.

Esta realidad entra en franca confrontación con lo establecido también en la doctrina 141 de la Superintendencia de Compañías, pues mientras esta establece como nulo cualquier convenio privado que implique la obligación del accionista de no enajenar sus acciones sin el previo consentimiento de los demás accionistas, la Ley de Compañías declara la libertad para negociar sus acciones sin restricciones.

Con respecto al tema de estudio, es importante destacar que los pactos parasociales como acuerdos de voluntades que permiten regular de forma extraestatutarios ciertos elementos de la compañía el cual está regulado por el derecho de obligaciones y no por el societario de modo que limitar a un pacto parasocial en la libre transferencia de acciones de una determinada compañía es contraria a los principios básicos de derecho que como lo establece el Código Civil del Ecuador “[...] todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (2005).

Sobre la base de estas consideraciones es necesario hacer notar que los pactos parasociales son motivos de decisiones en materia jurisprudencial así, lo colige las disposiciones emanadas del Tribunal Supremo de España en la cual mediante sentencia 2828/2014 “[...] desestima el recurso de apelación formulado por una de las partes en materia de pactos parasociales” (STS 2828/2014, 2014, p. 21)

Asimismo, la influencia de los pactos parasociales en los ordenamientos jurídicos a nivel nacional como internacional ha creado el nacimiento de una realidad distinta en la vida societaria del Ecuador. Donde la figura jurídica de los acuerdos parasociales parece haberse posicionado como una disciplina

autónoma que está regulada en forma directa por el derecho de obligaciones sienta su aplicación en materia societaria. Esta situación ha provocado una afectación en el ligamen funcional que se da entre esta figura jurídica y la sociedad que acarrea incidencias directas en el sistema societario del Ecuador donde los pactos parasociales representan una progresiva viabilidad normativa que requiere por parte del Estado ecuatoriano un cambio en la tendencia y concepción del sistema societario.

3.4 Importancia de la aplicabilidad de los pactos parasociales en la legislación del Ecuador

La eficacia de los acuerdos parasociales en la legislación del Ecuador resulta cuestionable ante las normas imperativas estimadas por la Ley de Compañías del Ecuador (1999) que establece en su artículo 146 que “[...] Todo pacto social que se mantenga reservado, será nulo”. Sobre este tema hay que mencionar existen diversas posturas doctrinales que hablan sobre la importancia que representa hoy en día los acuerdos parasociales para los diferentes ordenamientos jurídicos que reclaman a su vez una especial atención doctrinal que permita el reconocimiento de este fenómeno jurídico que ha adquirido tipicidad social con el transcurrir del tiempo.

Por otra parte, la conexión que existe entre los pactos parasociales con el derecho societario ha ocasionado que este fenómeno haya superado el marco normativo existente en materia societaria en el Ecuador provocando de esta forma el establecimiento de nuevos vínculos jurídicos contractuales que permitan dar respuesta a las necesidades que imprime la estipulación de los acuerdos parasociales en el marco normativo ecuatoriano.

Para tal efecto, es de vital importancia tener en cuenta que la importancia de inserción de los acuerdos parasociales dentro del ordenamiento jurídico del Ecuador debe expresar una declaración clara de validez, unido a factores como la flexibilidad de las normas respetando el ejercicio de la autonomía de la

voluntad que se expresa con el acuerdo entre socios para regular ciertas materias de la compañía que no están suscritas con el propósito de completar las relaciones internas de la sociedad.

En este sentido, cabe destacar que para implementación de los pactos parasociales dentro de la legislación del Ecuador debe además de ello, tener en consideración la sinceración en la temática que se le otorgue a esta figura jurídica dentro del ordenamiento legislativo del Ecuador ya que la misma, presenta una característica de dualidad que permite ser apreciada bajo la mirada del derecho societario y en mayor medida por el derecho de obligaciones ya que su naturaleza está ajustada al acuerdo de voluntades que pertenece al ámbito contractual.

Otro elemento que merece especial atención para considerar la viabilidad de los pactos parasociales en el ordenamiento jurídico del Ecuador, es la separación que debe existir entre los ámbitos estatutario y extra estatutario, disposición que ha sido sostenida por la jurisprudencia internacional, donde se establece con contundencia que los pactos parasociales son oponibles a la sociedad, pero lícitos y eficaces entre los socios (Feliu, 2012 p. 50).

La importancia de la incorporación de esta figura jurídica dentro del contexto normativo del Ecuador, permitirá normalizar la implementación de los pactos parasociales en la vida societaria del país, lo que tendrá un efecto positivo en normalizar la aparente tipicidad de carácter social de la cual goza en estos momentos los acuerdos parasociales. Dicha incorporación legislativa debe estar enmarcada además de ello, de acuerdo a lo establecido en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) que establece que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

3.5 Viabilidad Jurídica en la aplicación de los pactos parasociales en la legislación del Ecuador

Ya se ha estudiado como los acuerdos parasociales constituyen una figura jurídica que está contemplada en algunas de las más importantes legislaciones internacionales, la cual ha sido motivo de numerosas sentencias y litigios que le han permitido ubicarla como una disciplina con características especiales dada su autonomía y accesoriedad. Es preciso destacar que al respecto Henao (2013) menciona:

“La recepción de los pactos parasociales por los principales ordenamientos jurídicos ha sido producto de un proceso legislativo lento, pero que se ha robustecido con los aportes que la doctrina ha hecho sobre el tema. Sin embargo, como veremos en líneas posteriores, las normas que han propiciado una regulación más técnica han sido aquellas que se ocupan de las sociedades como partícipes dentro del mercado de valores, y por esta razón, reiteramos, existe una estrecha relación entre las directrices de buen gobierno corporativo, los principios de publicidad, información y transparencia, y los pactos extraestatutarios”. (p.187)

De esta forma conscientes de la importancia en la incorporación de este fenómeno jurídico algunas legislaciones europeas han aperturado la creación de un nuevo sujeto de derecho con normas contractuales propias dejando atrás el paradigma clásico del principio de la relatividad de los contratos. Esta realidad ha provocado la aparición y admisión de una nueva persona jurídica estableciéndose un nuevo esquema que incorpora no solo la figura de los acuerdos parasociales sino que además, de ello, se han establecido esquemas digamos estrictos para garantizar el cumplimiento de los mismos con el fin de amparar el orden público y los legítimos intereses de terceros y socios, todo esto a través de la consagración de normas de carácter imperativo.

Por otra parte, se debe aclarar que la incorporación de esta figura jurídica dentro de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos no se ha dado con el mismo ímpetu alcanzado en Europa lo cual ha ocasionado una indiscutible incertidumbre en el uso y practica de los acuerdos parasociales. Sobre este tema Henao (2013) menciona:

“Los acuerdos extraestatutarios no cuentan con una regulación uniforme e integral en los ordenamientos jurídicos, pese a su indiscutible uso en la práctica societaria. Su escasa normatividad se ha desarrollado en el seno del régimen de las sociedades anónimas cotizadas, que siguiendo los lineamientos de los principios de información y transparencia que demanda el mercado de valores han reducido el ámbito de regulación a algunos acuerdos en particular, y con unos efectos especialísimos que escapan al amplio contenido de esta materia”. (pp. 81)

Esta realidad, encuentra asidero en el ordenamiento jurídico del Ecuador, donde la figura de los acuerdos parasociales carece de normativa que regulen su funcionamiento, lo que trae como consecuencia que las sociedades distintas a las anónimas cotizadas no gozan de una regulación unificada que permita el reconocimiento de esta realidad extraestatutaria en términos legales. Este escenario en el cual está inmerso en ordenamiento jurídico del Ecuador, provoca un vacío jurídico donde los actores de los acuerdos parasociales se han visto en la necesidad de realizar en muchas ocasiones, planteamientos contradictorios y poco sustentables en la materia, provocando de este modo una errada interpretación doctrinal dada la falta de conceptualización en la materia.

No obstante, resolver el problema que implica falta de normativa que regule los acuerdos parasociales y la posibilidad de ser incorporada en el ordenamiento jurídico del Ecuador propone para su logro tener en consideración una serie de disposiciones dado el dinamismo que implica esta figura jurídica en los ordenamientos jurídicos a nivel mundial. Es por ello, que la viabilidad de contemplar esta figura jurídica en el ordenamiento normativo del Ecuador, es

perfectamente posible si se legisla teniendo en consideración la naturaleza estructural de la misma sin olvidar que esta figura jurídica está íntimamente ligada al derecho societario pero en mayor medida al derecho de obligaciones.

3.6 Los pactos parasociales en la legislación española

Los pactos de naturaleza parasocial son utilizados cada vez con mayor frecuencia. Estos acuerdos celebrados bajo la fórmula de contrato privado entre algunos o todos los socios de una entidad jurídica permiten completar o modificar las disposiciones de la ley o de los estatutos. Esta figura jurídica tuvo su primera aparición en España donde los juristas de ese país europeo mostraron gran interés en desarrollar una disciplina que para el momento estaba produciendo un fenómeno que estaba regulando las relaciones de los socios de una determinada compañía.

Durante el año 2002 se aceptó y acordó, por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, que en el Título ii del Libro iii, sobre las sociedades cotizadas, regula los pactos parasociales sujetos publicidad.

Según lo que ha expresado Henao (2013):

“En este modelo se acoge un concepto restringido de acuerdo que incluye únicamente las dos modalidades arquetípicas del pacto parasocial: el acuerdo de voto y el de bloqueo, además de la previsión de los pactos que se proyecten sobre el ejercicio del derecho al voto no solo de las Juntas Generales de las sociedades cotizadas, sino también sobre las sociedades que ejerciten el poder de dirección sobre una sociedad cotizada; se impone un deber de información; se limita la duración expresa del pacto a tres años máximo, y en caso de guardar silencio, se da vía a cualquier accionista para denunciar el pacto con un preaviso de seis meses, y para concluir, en términos similares a los recogidos en la ley italiana, y por último se resta eficacia al pacto cuando

no se hayan surtido los requisitos de comunicación y depósito previstos en esta Propuesta". (p. 191)

En este sentido los acuerdos celebrados de forma privada entre todos o algunos de los socios de una sociedad de capital que pretenden concretar o modificar ciertos aspectos de la regulación legal o estatutaria de la sociedad de la que participan, en sus relaciones internas, y, por tanto, adoptados al margen de los estatutos sociales, hay que conocer respecto de estos, qué fuerza pueden tener para valorar la utilidad de su adopción en algunos casos.

De acuerdo a esta afirmación en Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009, estableció que estos acuerdos no eran oponibles a la sociedad y que, por tanto, no podían en ningún caso alegarse para invalidar acuerdos de Junta celebrados de conformidad con lo establecido los estatutos. No obstante, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 25 de julio de 2013, sin apartarse de esta doctrina jurisprudencial, entiende que en ciertos casos esta debe aplicarse en sentido inverso para salvaguardar la buena fe y el ejercicio de los derechos conforme a la misma. (Pérez, 2011, p. 18)

Así, la Audiencia como ya lo había hecho la de Madrid en Sentencia de 16 de noviembre de 2012 dice que tendrán prevalencia sobre lo que establezcan los estatutos sociales los pactos parasociales cuando éstos hayan sido firmados por todos los socios, los cuales posteriormente en el ámbito societario actúen o acuerden en aplicación y cumplimiento del mismo, no pudiendo el socio firmante impugnar la actuación societaria basada en este acuerdo por no cumplir esta actuación con los estatutos.

La investigadora Henao (2013) expresa que:

Actualmente, bajo el régimen general de las sociedades de capital, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en los artículos 530 establece, en materia de sociedades anónimas cotizadas, qué pactos

parasociales serán objeto de publicidad, cómo deberá realizarse esta, quiénes son los legitimados para hacerlo, y las consecuencias de su incumplimiento. (p. 191)

Y continúa exponiendo que:

“En España, los asociados de las sociedades cotizadas pueden constituir uniones, las cuales se pueden determinar explícitamente a través de la celebración de pactos parasociales que conviene ser públicos a partir de la entrada en eficacia de la Ley 26/2003, de 17 de julio, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. Así, según se establece en dicha en dicha norma.” (Henaó, 2013, p. 190)

Sin embargo, el testimonio español ha aumentado el nivel de transparencia y conocimiento del estado del uso e incidencia en la conducta de los distintos compendios de gobierno corporativo, aunque siguen habiendo instrumentos de sentido, y conocimiento de la técnica de gobierno de las sociedades cotizadas en España, al examinar el nivel de utilización de los pactos parasociales celebrados por los accionistas significativos que, por su grado de participación y estabilidad en el capital de la empresa, poseen los incentivos y la agilidad para influir en la acción de los agentes que inspeccionan el transcurso de toma de decisiones.

Para esto, se han examinado los pactos parasociales en el periodo 2003-2009 de las 107 empresas no financieras de finales de 2009. De este modo, los resultados alcanzados muestran que la celebración de pactos parasociales alrededor de una de cada cuatro empresas cotizadas los accionistas de referencia se coaligan a través de pactos. (Calero, 2007, p. 35).

España es uno de los países que posee eficacia, legalidad y validez con respecto a los pactos parasociales, para poder explicar mejor con un ejemplo, mostraremos a continuación un caso de un padre que incumple las reglas u

obligaciones del pacto o contrato, con uno de sus hijos, quien es socio también de la asociación.

En torno a ello, la investigadora Plumed (2016):

“Una nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo del 25 de febrero del 2016 ajusta y fortifica la efectividad de dichos pactos. El aparente hecho es el siguiente: en el año 2000, un padre vendió a sus dos hijos la nuda propiedad de sus participaciones y acciones en dos sociedades familiares (una sociedad de responsabilidad limitada y una sociedad anónima)”. (p. 1)

Los estatutos de la sociedad de responsabilidad limitada preveían que en caso de usufructo de participaciones, la cualidad de socio y el derecho de voto pertenecían al nudo propietario. En el caso de la sociedad anónima, los estatutos no precisaban nada al respecto. En consecuencia, se aplicaba el artículo 127.1 de la Ley de Sociedades de Capital, conforme al cual, el ejercicio del derecho de voto corresponde al nudo propietario. (Santana, 2010, pp. 28)

En los pactos parasociales, el usufructuario se reservó todos los derechos inherentes a la condición de socio, especialmente el derecho de voto. Sin embargo, esta disposición del pacto parasocial derogatoria al derecho común, no se reflejaba en los estatutos.

A raíz de ciertas diferencias entre ambos hermanos, el padre decidió utilizar su derecho de voto en un acuerdo adoptado en la junta general de la sociedad. Uno de los hijos interpuso una demanda impugnando tal acuerdo, alegando que ni los estatutos ni la ley preveían que los usufructuarios votaran en las juntas generales. De acuerdo con la ley, éste entendía que el derecho a votar corresponderá únicamente al nudo propietario.

En primera instancia, el juzgado Mercantil estimó la demanda de impugnación. Ante esta situación, el otro hermano y el padre recurrieron la decisión ante la

Audiencia Provincial de Barcelona. El tribunal de apelación, expuso su disconformidad en relación con la decisión de primera instancia, admitiendo la validez del pacto parasocial. Este razonamiento fue posteriormente compartido y confirmado por el Tribunal Supremo. (Santana, 2010, p. 21).

Asimismo, el Tribunal Supremo subraya que en el caso objeto de recurso no se impugna los acuerdos porque no respetan los pactos parasociales sino que precisamente, se trata de la situación opuesta en la que el socio impugna un acuerdo que cumplía con lo establecido en el pacto parasocial, pero no a los estatutos, el cual consintió libre y lúcidamente.

De esta manera, tanto el pronunciamiento de la Audiencia Provincial como la sentencia del alto tribunal consolidan la eficacia y utilidad de los acuerdos adoptados en pacto parasociales que es una herramienta societaria profundamente útil, por lo que será importante examinar y adecuar su redacción al objetivo perseguido por los socios. (Sáez, 2009, p. 15).

Finalmente, queda demostrada la eficacia, en España con respecto a los pactos parasociales, si se incumplen las leyes, habrá consecuencias. Cada vez son más las personas o socios que buscan emprender un contrato parasocial, el cual tiene múltiples beneficios.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

Las controversias originadas por el cumplimiento de los pactos parasociales constituyen uno de los flancos más débiles de la ordenación privada de la vida societaria. Como hemos podido evidenciar a lo largo de este estudio los pactos parasociales como figura jurídica autónoma demanda en la actualidad una mayor atención legislativa que le permita dado su dinamismo en la dogmática jurídica estar a la vanguardia de las exigencias que reclama los acuerdos celebrados entre los socios de una determinada compañía.

Esta figura jurídica que representa el centro de infinidad de debates a nivel mundial en cuanto a su conceptualización, características, finalidad y aplicación lo que remonta a comprender la importancia que hoy en día le reporta en los ordenamientos jurídicos europeos la inserción de esta figura jurídica.

Ahora bien, sobre este tema vale la pena hacer la acotación que en Latinoamérica, no se ha contado hasta los momentos con estudios que permitan aportar los lineamientos jurídicos para una eventual reforma o aprobación de un cuerpo normativo que incluya de forma definitiva a esta figura jurídica de gran relevancia en el sistema societario lo que ha traído como consecuencia una variedad de inconsistencias a la hora de tratar de efectivizar los acuerdos celebrados fuera de la escritura pública que es presentada ante el registro mercantil para lograr la protocolización de la compañía.

Esta escasa normatividad en el caso del Ecuador ha afectado de forma directa al intérprete jurídico que en la mayoría de las ocasiones se ha visto en la necesidad de acudir a planteamientos contradictorios y poco sostenibles para hacerle frente a los problemas que se derivan de la falta de normativa en la materia.

Vale la pena destacar que a través del desarrollo de esta investigación se pudo evidenciar que aunque los pactos parasociales carecen de asidero en el ordenamiento jurídico del Ecuador según su normativa societaria existe la viabilidad de que sean incorporados al mismo como figura autónoma dentro del sistema normativo del Ecuador. Esta incorporación doctrinal debe tener en consideración que los pactos parasociales como figura jurídica autónoma presenta una dualidad que lo coloca a estar supeditado al derecho societario y al derecho de obligaciones en mayor medida ya que el nacimiento de la misma está condicionado al acuerdo de voluntades que representa ley entre las mismas.

Otro aspecto fundamental que se le debe prestar atención ante la posible incorporación de esta figura al ordenamiento jurídico del Ecuador, es el referido a determinar cuál de los pactos parasociales sería el que este más acorde con la realidad societaria del Ecuador. Realizar una afirmación en este sentido sería aventurarnos a que la misma carezca de sustentabilidad dado la dinámica que establece los pactos parasociales pero al mismo tiempo podríamos realizar una sugerencia de que la figura extratutaria que más se asemeja ante la posible incorporación al sistema normativo del Ecuador son los pactos de organización que pronuncian la voluntad de los socios de regular la organización, el funcionamiento y, en definitiva, el método de toma de decisiones dentro de la sociedad.

Aunque esta clase de pactos son por lo general muy amplios representan a nuestro entender el de mayor importancia en esta materia lo cual representa el pacto que cubre la mayor cantidad de situaciones que se podrían generar ante un eventual acuerdo de voluntades extratutarias.

4.2 Recomendaciones

La viabilidad en la incorporación doctrinal de los pactos parasociales en la legislación del Ecuador debe tener en consideración que esta figura jurídica es de carácter autónomo y presenta una dualidad que la coloca a estar supeditada

al derecho societario y al derecho de obligaciones en mayor medida ya que el nacimiento de la misma está condicionado al acuerdo de voluntades que representa ley entre las mismas.

Así como la incorporación a los pactos de organización dentro de la legislación ecuatoriana, ya que pronuncian la voluntad de los socios de regular la organización, el funcionamiento y, en definitiva, el método de toma de decisiones dentro de la sociedad.

A través del estudio realizado en esta investigación, se busca dar inicio a la viabilidad jurídica de aplicación de los pactos parasociales y que se mantenga el estudio de esta figura jurídica para que en el futuro se pueda adaptar a la legislación ecuatoriana. Tener como modelo para la incorporación de los pactos parasociales en el Ecuador el ordenamiento jurídico europeo que reporta para los momentos un mayor desarrollo en la materia.

Para evitar que un acuerdo parasocial pierda su eficacia real frente a los firmantes, se recomienda que al celebrarse, estos sean firmados por la totalidad de socios o accionistas de la sociedad.

REFERENCIAS

- Albella, S. y Uría F. (2007). Régimen de Publicidad de los Pactos Parasociales. Régimen jurídico de los mercados de valores y de las instituciones de inversión colectiva. Madrid, España: Editorial Wolters Kluwer.
- Ayala, C. (2016). La Eficacia de los Pactos Parasociales. Recuperado el 23 de Septiembre de 2016 de <http://www.all-law.es/2016/06/25/la-eficacia-de-los-pactos-parasociales/>.
- Berges, I. (2009). Los Pactos Parasociales. La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación, No. 7184.
- Bonmaní, J. (2011). Los Pactos Parasociales. Revista Cont4bl3, No. 40.
- Brunetti, A. (2004). Tratado de Derecho de las Sociedades. Buenos Aires, Argentina: Editorial Catapulta.
- Calero, J. (2007). Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil. Madrid, España: Universidad Complutense.
- Cea, M. (2011). Los Pactos Parasociales (I): Naturaleza y Tipos. Recuperado el 17 de julio de 2016 de: <http://queaprendemoshoy.com/los-pactos-parasociales-i-naturaleza-y-tipos/>.
- Chulia, F. (2010). Introducción al Derecho Mercantil Volumen I. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Código Civil (2005). Codificación 010. Publicado en Registro Oficial Suplemento No. 46. Recuperado el 15 mayo de 2016 de: <http://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2015/06/Codigo-Civil1.pdf>.
- Constitución del Ecuador (2008). Registro Oficial 449. Recuperado el 20 mayo de 2016: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf.
- Feliu, J. (2012). Los Pactos Parasociales en las Sociedades de Capital no Cotizadas. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- Fernández, L. (2007). El 'enforcement' societario y registral de los pactos parasociales: la oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado. Madrid, España: Revista de Derecho de Sociedades, No. 29.

- Fernández, M. (1998). Los pactos Parasociales. España: Academia Matritense del Notariado.
- García, E. (2006). Análisis de las principales diferencias y similitudes entre las obligaciones del derecho romano y el derecho civil guatemalteco. Recuperado el 25 de julio de 2016 de: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_5958.pdf.
- Henao, L. (2013). Los Pactos Parasociales. Revista de Derecho Privado: Universidad Externado de Colombia.
- Iglesias, J. (2010). Derecho Romano (décimo octava edición). Barcelona, España: Editorial Sello.
- Illescas, R. (2004). La transparencia de las Sociedades Anónimas cotizadas y los pactos parasociales. Revista Derecho de los negocios, Año 15, No. 165.
- Lapique, L. (2008). El Accionista en la Sociedad Anónima. Montevideo, Uruguay: Fundación Cultura Universitaria.
- León, F. (2006). La publicación de los pactos parasociales por las sociedades cotizadas. Madrid, España: Editorial Arazandi.
- León, S. (2005). Los Pactos Estatutarios y Parasociales con la Reforma de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Guadalajara, México: Revista Perspectiva Jurídica.
- Ley de Compañías. (1999). Registro Oficial No. 312, Reformado el 22 de mayo de 2016. Recuperado el 15 de febrero de 2016 de: http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=MERCANTI-LEY_DE_COMPANIAS&query=ley%20de%20compa%C3%B1ias#I_DXDataRow0
- Luceño, J. (2010). Los pactos parasociales como instrumento de protección de socio minoritario: Una propuesta de contenido mínimo. Revista La Ley, No. 7422.
- Massaguer, J. (1997). La acción de competencia desleal en el derecho español. Themis. Barcelona, España: Revista de Derecho, No. 36.

- Mateo, J. (2015). Eficacia ad extra de los pactos parasociales. ¿Realidad o ficción? Diario La Ley, No. 8578.
- Mejía, D. (2014). Los Acuerdos de Accionistas. Evolución y aplicación en Colombia. Revista de Derecho privado, No. 52.
- Minchala, A. (2015). La responsabilidad Civil Extracontractual y su Reparación por daños y Perjuicios dentro de la Legislación Ecuatoriana. Recuperado el 23 de marzo de 2016 de: <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/22837/1/tesis.pdf>.
- Noval, J. (2012). Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad: Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Ortiz, A. (2016). Los pactos parasociales. Recuperado el 29 de julio de 2016 de: <http://law-abiding-ec.com/los-pactos-parasociales/>.
- Paz-Ares, C. (2003). El Enformcement de los Pactos Parasociales. Actualidad Jurídica Uría & Menéndez. Recuperado el 25 de junio de 2016 de: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03candido.pdf>
- Pérez, D. (2009). De la posible impugnación de acuerdos sociales por infracción de pactos parasociales. Jornada Internacional "Reflexiones sobre la Junta General de las Sociedades de Capital". Colegio Notarial Madrid. Recuperado el 10 de febrero de 2016 de: http://eprints.ucm.es/9198/1/David_P%C3%A9rez_Mill%C3%A1n_UCM.pdf.
- Pérez, D. (2011). Pactos Parasociales con Terceros. Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil. Universidad Complutense. Recuperado el 13 de abril de 2016 de: [http://eprints.ucm.es/14076/1/Pactos_parasociales_con_terceros_\(comunicaci%C3%B3n_Harvard\)_DT_con_car%C3%A1tula_y_patrocinadores_\(2\).pdf](http://eprints.ucm.es/14076/1/Pactos_parasociales_con_terceros_(comunicaci%C3%B3n_Harvard)_DT_con_car%C3%A1tula_y_patrocinadores_(2).pdf).
- Pérez, A. (2013). La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios: Revista Estudio de Derecho, Volumen 61, No. 2.

- Pérez, A. (2014). Impugnacion de Acuerdos Sociales y Pactos Onmilaterales. Madrid, España.
- Pérez, D. (2010). Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación de acuerdos Parasociales. Buenos Aires, Argentina: Revista de Derecho Privado y Bursátil.
- Plumed, A. (2016). Los pactos parasociales cada vez más efectivos. Recuperado el 15 de marzo de 2016 de: <http://www.mbabogados.eu/los-pactos-parasociales-cada-vez-mas-efectivos/>.
- Puelma, Á. (2001). Sociedades Tomo I. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Rodríguez, J. (1971). Tratado de Sociedades Mercantiles Volumen I. Buenos Aires, Argentina: Editorial Porrúa.
- Sáez, M. (2009). Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces. Barcelona, España: Revista para el Análisis del Derecho.
- Salgado, R. (2015). Tratado de Derecho Empresarial y Societario Tomo II Volumen I La Sociedad Anónima. Quito, Ecuador: Editorial Universitaria.
- Santana, D. (2010). Los Pactos Parasociales en la Bolsa Española. Madrid, España.
- STS 2828/2014, (2014) Sala de lo Civil. Tribunal Supremo de España.
- Superintendencia de Compañías. (2016). Doctrina N° 141. Ecuador: Superintendencia de Compañías.
- Superintendencia de Compañías. (2016). Doctrina N° 65. Ecuador: Superintendencia de Compañías.
- Vanasco, C. (2001). Manuel de Sociedades Comerciales. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Viadas, F. (2009). Responsabilidad de socios y administradores por deudas laborales de la sociedad. Responsabilidad tributaria de directores de sociedades anónimas en la provincia de Buenos Aires. Recuperado el 24 de agosto de 2016 de: http://redi.ufasta.edu.ar:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/592/2009_A_004.pdf?sequence=1.

Villegas, C. (1995). Tratado de las Sociedades . Santiago de Chile, Chile:
Editorial Jurídica de Chile.