



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**INCONSISTENCIAS DE LA CLÁUSULA DE BLOQUEO EN EL CONVENIO
DE ACCIONISTAS A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA ACTUAL**

Autor

César Miguel Piñeiros Espinosa

Año

2017



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Inconsistencias de la Cláusula de bloqueo en el Convenio de Accionistas a la
luz de la Legislación ecuatoriana actual

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

Profesor Guía

Mgt. Diego Alejandro Peña García

Autor

César Miguel Piñeiros Espinosa

Año

2017

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

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

Diego Alejandro Peña García
Magister en Derecho Financiero Bursátil y Seguros
C.I.: 1709343790

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

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

José Gabriel Terán Naranjo
Master en Abogacía
C.I.: 1709343790

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.

César Miguel Piñeiros Espinosa
C.I.: 1716801921

AGRADECIMIENTOS

A mi madre que con su sacrificio y constancia me ayudó a no rendirme nunca y seguir, aunque las circunstancias parecieran adversas.

A mi Dios que me permite dar otro paso hacia mis sueños y metas y nunca me ha desamparado.

A toda la gente que siempre ha creído en mí y me han dado ánimos cuando más lo necesitaba.

DEDICATORIA

Este trabajo está dedicado a mi familia que hizo un gran sacrificio para que yo pueda estar en la posición en la que me encuentro, y a Dios por darme esta oportunidad.

Finalmente, me gustaría dedicar este trabajo a todas a aquellas personas que estuvieron conmigo en mi etapa universitaria: amigos, profesores y autoridades.

César Piñeiros

RESUMEN

El convenio entre accionistas se entiende como el acuerdo entre socios de una empresa para complementar, modificar o para adelantarse a situaciones adversas y que no constan dentro del contrato social. Entre dichos pactos, tenemos la cláusula de bloqueo, que es un acuerdo para frenar actuaciones de otros socios, ya sea estos en venta, transmisión o modos que se harán sobre el derecho de acciones. En Ecuador este tema tiene varias inconsistencias, ya que por un lado no existe una limitación legal que prohíba la suscripción de pactos entre socios, pero pactar sobre derechos ajenos sin hacerlos conocer podría afectar la libre negociabilidad de los mismos. Esto hace difícil comprender los efectos jurídicos y la validez de pactar una cláusula de bloqueo.

ABSTRACT

Shareholder's agreements, is known as the kind of agreement between partners of a company, in order to supplement, modify or anticipate adverse situations to enforce their will and which do not appear within the social contract, and it is considered one of the best ways to complement matters related to commercial societies. Among these agreements, we have the blocking clause, which is nothing more than an agreement to stop actions of other partners, whether these are for sale, transmission or modes that will be made on the right of actions. However, in Ecuador this topic has several inconsistencies, making it difficult to understand the legal effects and the validity of agreeing a blocking clause within the shareholder's agreement.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. Capítulo I:Naturaleza Jurídica de la Cláusula de Bloqueo dentro del Convenio de Accionistas.....	2
1.1. Concepto de convenio de accionistas y características.....	2
1.1.1. Concepto de convenio de accionistas	2
1.1.2. El convenio de accionistas enfocado a la propiedad	4
1.1.3. Otras disposiciones de los convenios de accionistas	4
1.1.4. Características de convenio de accionistas.....	5
1.1.5. Clasificación de convenio de accionistas.....	6
1.2. Concepto de cláusula de bloqueo y características.....	8
1.2.1. Concepto de cláusula de bloqueo	8
1.2.2. Características de la cláusula de bloqueo	8
1.3. Normas Jurídicas en el Ecuador.....	9
2. Capítulo II:Diferencias entre Libre Circulación y Libre Negociación.....	14
2.1. Concepto de libre negociación y características.....	14
2..1.1. Concepto de libre negociación	14
2..1.2. Características de la libre negociación	15
2.2. Concepto de libre circulación y características	15
2.2.1. Concepto de libre circulación	15
2.2.2. Características de libre circulación	16
2.2.3. Limitaciones a la libre circulación de las acciones	17
2.2.4. Clase de limitaciones a la libre circulación de las acciones según su fuente	18
2.3. Normas Jurídicas en el Ecuador.....	19
3. Capítulo III: Posturas societarias sobre la prohibición o no de la Cláusula de Bloqueo dentro del convenio de accionistas en la legislación ecuatoriana.	19
3.1. La cláusula de bloqueo a la luz de la legislación actual.....	23
3.2. Artículos desfavorables y artículos favorables sobre la Cláusula de Bloqueo	25

3.2.1 Artículos desfavorables y análisis.....	25
3.2.2. Artículos favorables y análisis.....	26
3.3. Efectos Jurídicos de Pactar una Cláusula de Bloqueo	28
3.3.1. Cláusula de Bloqueo entre suscriptores	28
3.3.2. Cláusula de Bloqueo frente a otros accionistas	28
3.3.3. Cláusula de bloque frente a terceros	29
3.3.4. Efectos frente a la sociedad.....	30
4. Conclusiones y Recomendaciones.....	32
4.1. Conclusiones.....	32
4.2. Recomendaciones	33
REFERENCIAS	35

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo aborda el problema jurídico que se genera en el Ecuador por las inconsistencias de la cláusula de bloqueo dentro del convenio de accionistas, consecuentemente, analizará si pactar dicha cláusula podría ser considerado válido.

La investigación tiene como objetivo general establecer si es válida la firma de una cláusula de bloqueo, debido a que, en la legislación ecuatoriana se establece la plena validez de pactar libremente sobre las acciones, sin embargo, no se detalla específicamente sobre cada tipo de cláusula parte de dichos convenios.

El tema de Inconsistencias de la cláusula de bloqueo en el convenio de accionistas a la luz de la legislación ecuatoriana actual radica su importancia de estudio en que, así se podrá entender los efectos que se dan al momento de pactarla, ya sea entre los suscriptores, demás accionistas y terceros.

El fin de esta investigación es determinar si el uso de la cláusula de bloqueo afectará a las partes suscriptoras, a todos los accionistas dentro de la empresa, o si estamos frente a un objeto ilícito por la imposición de la misma dentro del acuerdo de accionistas.

Como objetivos secundarios y para un mejor entendimiento del problema jurídico, se realizará un análisis de conceptos directamente relacionados con el presente tema, tales como convenio de accionistas, los tipos de convenios y sus principales características, y a su vez se analizará en detalle la cláusula de bloqueo, sus principales caracteres, efectos y validez en la legislación ecuatoriana actual.

Una vez culminado dicho análisis, se señalará la distinción entre conceptos como son la "libre circulación" y la "Libre negociación de acciones", que en Ecuador parecen ser afines. De igual manera, se realizará un análisis detallado a cada uno de ellos y se determinará si existe una relación entre ambos.

Finalmente, y luego de entender todos los conceptos necesarios se hará un estudio sobre a la situación jurídica de la cláusula de bloqueo en de la legislación ecuatoriana actual y se buscará conocer su nivel de validez.

1. Capítulo I: Naturaleza Jurídica de la Cláusula de Bloqueo dentro del Convenio de Accionistas

En el presente capítulo se pretende revisar la naturaleza jurídica de la cláusula de bloqueo dentro del convenio de accionistas y sus distintos enfoques doctrinarios, para ello se parte de un análisis de cada una de estas definiciones, características y clasificación de cada uno de estos conceptos. De igual forma, se buscará analizar la normativa existente en el Ecuador sobre dichos conceptos.

1.1. Concepto de convenio de accionistas y características

1.1.1. Concepto de convenio de accionistas

Se puede definir a los convenios de accionistas como “aquellos acuerdos bilaterales o plurilaterales entre accionistas que tienen por objeto regular el ejercicio de sus derechos, relaciones e intereses, entre otras, con el control y la administración de la sociedad.” (Mejía, 2014, p.1) El convenio de accionistas es entendido como un acuerdo de carácter privado entre los suscriptores, o terceras personas, en virtud de la cual se busca llegar a un interés conjunto y particular al respecto de la sociedad.

De hecho, “un Convenio de Accionistas hace referencia a todo pacto suscrito entre la totalidad o parte de los socios de una empresa con el fin de complementar, concretar o modificar sus relaciones internas y las reglas estipuladas en el contrato social”. (Pérez, 2015, p.3)

Según Cabanellas, el convenio de accionistas o contrato para-social es el género que contiene a toda clase de acuerdos que no se encuentran en el contrato social o los estatutos.

Los acuerdos entre socios, nacen como una respuesta a la imposibilidad de realizar ciertos convenios entre ellos y que carezcan de validez jurídica. Por ejemplo, la limitación a la libre transferencia de acciones, participaciones, o sucesiones entre familiares. Además, porque se considera que hay asuntos de la empresa que deben mantenerse en reserva y, por tanto, no deben ser publicados.

Se puede contrastar la visión que Cabanellas tiene sobre el convenio de accionistas con la postura del catedrático argentino Eduardo Favier, que enfatiza que los convenios de accionistas, se estipulan para anticiparse a los inconvenientes en la realización del negocio y trazan un camino a seguir para determinadas situaciones que no constan en los estatutos.

Así, estos acuerdos pactados entre los miembros pueden ser públicos, aunque por su naturaleza, en su mayoría son de carácter confidencial, lo cual los diferencia de los estatutos y demás documentos reglamentarios de las empresas. “Son de clase personal, es decir son *intuitu personae*”. (Jones, 2016, p. 2)

De forma general, el objeto de los convenios de accionistas es “regular cualquier tema o contenido que los accionistas consideren relevante”. (Mejía, 2014, p. 1) Algunos ejemplos de lo que se puede regular son a través de estos convenios son: la elección de órganos administrativos de la sociedad, administración y control de la sociedad, o las relaciones entre los accionistas. Este objeto siempre deberá ser lícito.

Según la postura de la catedrática colombiana Lina Henao la principal característica de estos es que son acuerdos que se encuentran fuera de los estatutos, y su principal objetivo es la realización o abstención de actos específicos, así como la fijación de políticas de acción conjuntas referentes a la

posesión y uso accionario y a la intervención en actos celebrados en una sociedad.

Adicionalmente, es pertinente recalcar que esta clase de convenios no obligan a la sociedad, al contrato social, estatutos y pueden no ser oponibles legalmente, ya que al ser convenidos inter-partes no gozan de carácter estatutario. Además, según la postura que expuso Cabanellas, estos pactos para- societarios siempre están unidos a un contrato principal, es decir, tienen un valor accesorio. Por tanto, se puede mencionar que “estos acuerdos no gozan de rango estatutario, pero se rigen por la regla de unanimidad entre sus miembros, tanto a la hora de adoptarlos, como a la hora de modificarlos.” (LAJO, 2016, p. 4)

1.1.2. El convenio de accionistas enfocado a la propiedad

Según el punto de vista de César Coronel Jones, los temas más importantes que se abarcan cuando se hace un pacto para societario son los referentes a la propiedad accionaria. Ya que con ellos se puede normar dos asuntos importantes: la persona a quien se busca transmitir o impedir la misma y el valor en que deberá venderse las acciones.

Por ejemplo, en el caso de empresas con una morfología cerrada como lo son las de carácter familiar, “esta clase de convenios puede impedir que las acciones no pasen a manos de terceras personas ajenas al núcleo”.

“Esto es importante para un negocio cerrado que sólo quiere accionistas específicos y que no quiere ampliar los derechos de propiedad a otras personas”. (Lawinfo, 2014, p.1). Finalmente, se puede convenir que las acciones en caso de ser vendidas tengan un valor mínimo o máximo si se buscan negociar.

1.1.3. Otras disposiciones de los convenios de accionistas

Además de la limitación y condicionamiento de personas o precio, los convenios de accionistas según la clasificación que da el catedrático argentino Eduardo Favier pueden contener otras disposiciones relacionadas al funcionamiento interno de la sociedad, por ejemplo:

- Detallar como se harán los aportes de capital y cómo estos influirán en los derechos de propiedad;
- Crear un mecanismo de desempate en caso de dudas al momento de votación en la sociedad.
- Y, regular anticipadamente solución de conflictos entre socios que no consten en los estatutos.

De igual forma, cabe señalar algunas de las ventajas de la suscripción de convenios entre accionistas, las cuales son: mantener una participación directa en el gobierno de la sociedad, su adecuada estructuración limita en gran medida las consecuencias del ausentismo, permite que las minorías accionarias se agrupen y así poder tener una fuerza de choque en caso de abuso. Finalmente, “permite generar estabilidad en toma de decisiones cuando los socios velan sinceramente por la estabilidad de la sociedad”. (Ferraro, 2014, p. 1)

1.1.4. Características de convenio de accionistas

Según Robleto (2014, p.19), las principales características de los convenios de accionistas son:

- Plurilateralidad o bilateralidad: quiere decir que puede ser pactado entre dos accionistas, o podría ser con más socios y terceros.
- Privados: son convenios hechos fuera de los estatutos y del contrato social de la sociedad.

- Accesorios: Para que los convenios para- societarios tengan tal carácter, necesitan de la existencia de un contrato principal como los estatutos, es decir, estos convenios son accesorios a los estatutos sociales.
- Naturaleza contractual: aplica únicamente para quienes lo firman y para modificarlos basta la voluntad de las partes.
- Los convenios de accionistas no producen efectos para con la sociedad por ser ajeno a la misma, ya que ella no forma parte de dicho acuerdo, y en caso de incumpliendo de una de las partes no se podrá involucrar a la empresa, ni se podrá accionar en contra de ella, a menos que se den condiciones específicas

1.1.5. Clasificación de convenio de accionistas

Según la visión dada por Cándido Paz Ares (2003, p. 2) los convenios de accionistas pueden agruparse en tres categorías: Pactos de relación, pactos de atribución y pactos de organización. En lo referente a los pactos de relación, se toma una postura neutral frente a la sociedad, es decir, que lo convenido no tiene efecto jurídico real dentro de la organización. Algunos ejemplos de este tipo de pactos son “los convenios que generan derechos preferentes, venta conjunta, cláusulas de cobertura de pérdida, distribución de dividendos y obligaciones de no aumento de capital sobre un porcentaje convenido”. (Paz-Ares, 2003, pp. 19, 20).

Por otro lado, los Pactos de atribución son aquellos convenios que buscan influir en la sociedad de manera real y positiva. Un ejemplo son aquellos “convenios de financiamiento adicional por parte de los socios; abstenerse de competir con la sociedad; ofrecer la compra de acciones si otro socio desea venderlas”. (Paz-Ares, 2003).

Y finalmente, los Pactos de organización, o también conocidos como Pactos de control, son aquellos que agrupan a socios para llegar a acuerdos decisivos sobre los estatutos, es decir que buscan reglamentar la relación, funcionamiento y toma de decisiones en la sociedad.

En el caso de la clasificación, se la realiza a partir de diversos puntos de vista, pero el más aceptado por la doctrina es el enfocado en función de su contenido o derechos que se regulan y se dividen en convenios de mando, de defensa y bloqueo. Consecuentemente, la clasificación por su Contenido es la siguiente:

- **Convenios de Mando:** Busca que un grupo de accionistas obtenga el control de la empresa a través de imponer su voluntad en la asamblea o directorio. Este mecanismo sirve para dar salida rápida cuando hay empates o no se puede llegar a acuerdos en la asamblea y requiere que los socios previamente vengan planificando como actuarán en el pleno del órgano social.
- **Convenios de Defensa:** Aquí las minorías se juntan y planifican una defensa conjunta ante la mayoría y su accionar.
- **Convenios de Bloqueo:** “Son los que limitan de cierto modo la venta de acciones. Por ejemplo, puede establecerse que, para poder vender, el socio previamente deba obtener la autorización del resto de los pactantes del acuerdo”. (Mejía, 2014, p.8)

Además de la categorización dada por Paz Ares y Mejía; existen, además, otras clasificaciones doctrinarias que se exponen y son:

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

Por la situación de las acciones sindicadas:

- Con depósito de títulos.
- Sin depósito de títulos.

Por la naturaleza del compromiso:

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

Por la finalidad:

- Sindicato de mando.
- Sindicato de defensa.

1.2 Concepto de cláusula de bloqueo y características

1.2.1. Concepto de cláusula de bloqueo

Según la visión del catedrático ecuatoriano Mosquera la "cláusula de bloqueo" o también denominada "sindicato de bloqueo", es un tipo de convenio en el cual todos o varios de los accionistas que forman parte de una sociedad, se comprometen durante un lapso de tiempo a no transmitir o ceder la totalidad o parte de sus acciones o participaciones, y si lo hacen poner cierta clase de condiciones a las mismas. "Las restricciones acordadas pueden consistir en un derecho de adquisición preferente reconocido a favor del resto de los sindicatos o que concurran determinados requisitos en la persona pro puesta como tercero adquirente". (Miron, 2011, pág. 2)

La principal característica de la cláusula de bloqueo es que limita la venta de acciones, por ejemplo, puede establecerse que, para poder vender, el socio previamente deba obtener la autorización del resto de los pactantes del acuerdo. (Bellocq, 2011, p.1)

En materia mercantil, consiste en: "limitaciones o condicionamientos a la transmisibilidad de las acciones a integrantes del sindicato, otorgando o no derecho de opción de compra a sus adherentes, así como, restricciones a las acciones que los sindicatos puedan adquirir en el futuro. (SLegal, 2014, p. 1)

Según la visión de David Moreno Utrilla, la cláusula o sindicación de bloqueo de acciones es un contrato que celebran todos los socios, varios o incluso terceros no socios, quienes, al margen del contrato social, buscan limitar, condicionar u obligar la transmisión de sus derechos, ya sean estas acciones o participaciones.

Estos pactos habitualmente se utilizan con el propósito de: a) desarrollar proyectos empresariales en los cuales son esenciales determinadas circunstancias o condiciones de todos o algunos accionistas, por ello es necesario asegurar su permanencia durante determinados periodos de tiempo; b) mantener la composición del accionariado de la sociedad, evitando la entrada de accionistas no deseados; c) garantizar, ante un proyecto de venta de parte de las acciones vinculadas, la posibilidad de que los otros sindicados puedan vender también sus acciones en los mismos términos; d) repartir de forma equitativa las plusvalías que se generen durante la vida del pacto; e) maximizar el precio a obtener en la venta de las acciones; f) facilitar liquidez a las acciones vinculadas mediante la regulación de derechos de desinversión total o parcial; y g) establecer criterios para la fijación del precio de las acciones vinculadas. (Utrilla, 2015, p. 1)

1.2.2. Características de la cláusula de bloqueo

La principal característica de la cláusula de bloqueo que postulan autores como Coronel Jones y Favier es impedir o condicionar a otros socios determinados actos, como por ejemplo la entrada de otros socios, la venta o transmisión de derechos y sirven de complemento al voto conjunto, pues al transmitir acciones sindicadas a terceros, la disciplina del sindicato no los obliga, pero la voluntad contractual sí, es decir, que en el caso de votos sindicados se podrá exigir su cumplimiento por los suscriptores, no por la sociedad u otros miembros ajenos al pacto para- social. “De ahí la importancia de configurarlos como independientes para que la nulidad de uno no determine contaminando la del otro”. (Ferraro, 2014, p. 1)

En el caso de los sindicatos de bloqueo en voto, se restringe o condiciona la transmisión de acciones existentes o futuras a determinadas personas o en detallados casos, y se relacionan de cierto modo con los sindicatos de mando, ya que las mayorías o minorías accionarias condicionan o limitan el accionar de otros socios o de terceros, e influyen en la toma de decisiones dentro de la sociedad. “Es por ello que en la practica la cláusula de bloqueo sea complementada con otro, haciéndola una sindicación mixta (mando y bloqueo)

para tener un manejo de la sociedad más controlado y previsible a cambios”. (Mejía, 2014, p.2)

1.3. Normas jurídicas en el Ecuador

En el Ecuador, los convenios entre accionistas al ser relaciones privadas son válidos. Esta posibilidad de generar pactos respaldada por la capacidad de negociar libremente las acciones, con las condiciones, plazos, modalidades y demás formalidades que se impongan las partes. Estos convenios pueden ser de dos tipos: estatuarios y extra-estatuarios.

Según expresa Favier, los convenios estatuarios son aquellos convenios entre socios que se plasman dentro de los estatutos. Se caracterizan por su publicidad y seguimiento de formalidades para alcanzar un fin específico; y los extra-estatuarios o acuerdos para-societarios que son: “acuerdos contraídos entre los accionistas, o entre éstos y terceras personas, que se estructuran fuera del marco societario” (Mosquera, 2013, p. 28) Su principal característica es su naturaleza reservada para complementar algunos alcances fuera de los estatutos.

En Ecuador, al ser parte de la libre contratación (derecho privado) el convenio de accionistas extra-estatutario es lícito, pero se discute si se pueden pactar cierta clase de cláusulas parte del mismo, ya sean estas cláusulas de mando, defensa o bloqueo.

Es más, existen varios vacíos en la legislación ecuatoriana referente a pactar una cláusula de bloqueo, ya que existen normas aisladas, que dan a suponer la validez de la misma como parte de un convenio de accionistas, pero no existe un artículo específico que lo regule dentro de ningún cuerpo legal.

Entonces, a pesar de que la cláusula de bloqueo tiene un nulo tratamiento legislativo en el Ecuador, este convenio es una necesidad común para las empresas, con el fin de garantizar que algunos objetivos que quedaron fuera de los estatutos se realicen. La problemática de implementar esta cláusula se agrava cuando no existe un criterio claro por parte de la Superintendencia de

Compañías, la cual solo se ha limitado a prohibir cierta clase de acuerdos sin realizar un análisis detallado de cada institución de sindicación.

En el caso específico de la cláusula de bloqueo, como ya mencionó lo expuesto por catedráticos como Jones; dicho tipo de convenio se caracteriza por limitar de cierta manera la actuación accionaria de otros socios frente a la compañía, lo que en otras palabras implica que, de cierta manera, exista una afectación a la libre transmisibilidad de sus acciones.

Aunque, si bien existe una prohibición en la Ley de Compañías que referente a la realización de pactos sobre derechos de otros accionistas, no se puede considerar a la cláusula de bloqueo del todo ilícita, ya que aquí la voluntad de formar un bloque accionario, se cimienta en la libre negociación entre socios para hacer con sus acciones lo que mejor le convenga.

En otras palabras, se debe respetar el derecho que cada acción otorga de manera natural a su poseedor, ya sea este de voto, formar parte del gobierno, recibir dividendos, etc.; pero se discute si pactar una cláusula de bloque no afecta el derecho de un accionista en detrimento del derecho de otro accionista o tercero.

Particularmente en el caso de compañías no cotizadas, se violentaría el derecho de voto, lo que le daría un carácter ilícito, esto manifestado en el artículo doscientos veintiunos, inciso tercero de la Ley de Compañías, que dice: "También serán nulos, salvo en los casos que la Ley determine, los acuerdos o cláusulas que supriman derechos conferidos por ella a cada accionista". (Ley de Compañías de Ecuador, 2014, p. 47)

Según la visión de Caamaño, a esta aparente restricción a libre negociación o condicionamiento del voto, no se pueden considerar ilícitos los convenios de accionistas ya que su fin es generar un paquete accionario y no se limita al voto conjunto. De tal modo que forma como crear un fideicomiso o compañías para transferir acciones y que un representante legal los administre resultan lícitos, por no estar prohibido por la ley.

Uno de los fines de convenir entre accionistas es tener una actuación conjunta sobre determinado tema, tal como lo menciona el artículo ciento noventa y dos de la Ley de Mercado de valores, que dice:

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

Por lo manifestado en el párrafo anterior se puede observar que la legislación ecuatoriana acepta tácitamente los acuerdos de actuación conjunta, y acepta que dichos pactos pueden influir directamente en cuestiones como la votación, conformación de administradores y elección del directorio.

“Se considera que hay acuerdo de actuación conjunta, cuando entre dos o más personas existe una convención, expresa o tácita, para participar con similar interés en la gestión de la sociedad o para controlarla.” (Ley de Mercado de Valores, 2014, P.3)

Para determinar si existe una actuación conjunta, la Superintendencia de Compañías verifica si existe parentesco, participación simultánea en otras empresas, o un voto frecuente conjunto entre dos o más accionistas, es por ello que factores como la autonomía de voluntad de las partes, la buena fe, y el cumplimiento de los requisitos legales son importantes.

Entre aquellos autores quienes argumentan que el convenio de accionistas es ilícito, se encuentran los que toman la postura referente a que “este tipo de convenios implica un atentado al carácter esencial del derecho de voto”. (Mosquera, 2013, p.5). Esta postura, se respaldada por el artículo doscientos-veintiuno de la Ley de Compañías, en su inciso tercero que señala lo siguiente: “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 de Ecuador, 2014, p. 47) Además, está el artículo doscientos diez

manifiesta: “Es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas que tengan derecho a votar”. (Ley de Compañías de Ecuador, 2014, p.47)

Consecuentemente, se puede evidenciar que la postura que Mosquera enfatiza sobre la Ley de Compañías hace énfasis en que se atenta a la libre autonomía de la voluntad de las partes, por lo que su aplicación se torna más complicada en la legislación ecuatoriana; esto se debe a que cada persona que acude ante dichos convenios busca una salida alternativa o una solución que no se encuentra establecida en los estatutos, afectando la libre negociación de las acciones. Es por ello que se utilizan figuras análogas como los mandatos y fideicomisos para exigir la validez de dichos convenios.

Por lo manifestado, se puede concluir que existe la posibilidad de pactar toda clase de convenios entre accionistas, entre ellos la cláusula de bloqueo, siempre que los convenios entre socios o accionistas no sean contrarios a la moral, el orden público, siga parámetros legales, cumplan los requisitos de validez de los contratos; y, sean conocidos por la sociedad, respetando así lo manifestado por la autonomía de la voluntad de las partes.

2. Capítulo II: Diferencias entre Libre Circulación y Libre Negociación

En el presente capítulo se pretende entender la diferencia entre los términos ‘Libre Circulación’, y ‘Libre Negociación’, para lo cual en primer lugar será necesario entender los conceptos de dichas nociones, además de revisar sus características y clasificación. De igual manera dentro del estudio hecho se buscará analizar la normativa existente en el Ecuador sobre dichos conceptos. Al comprender dichos términos se podrá analizar si existe conflicto sobre su utilización dentro de la legislación ecuatoriana.

2.1 Concepto de libre negociación y características

2.1.1 Concepto de libre negociación

Según Favier una de las características propias de las acciones y participaciones es su capacidad de ser negociadas libremente por el poseedor. En este caso, se puede imponer un precio determinado, y condiciones específicas a su traspaso a cambio de valores, por lo general, dinero. A esta condición se le denomina "libre negociación".

De hecho, las acciones por regla general son de libre negociación, ya que al ser títulos valores de carácter nominativo, confieren derechos y obligaciones adscritos al documento, como el de votación, dividendos, formar parte del directorio, etc. En ellas se identifica al propietario, número de acciones y valor nominativo, conferida por la sociedad mercantil una vez inscritas en el libro de accionistas. (Corral, 2013, p. 35)

En este sentido, es evidenciable que en este caso, radica la plena libertad de los accionistas de poder pactar y hacer con sus acciones lo que mejor les convenga, ya que no existe ninguna clase de condición sobre las acciones. La libre transmisión o circulación de las acciones es una manifestación clara de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que aquí cada socio es libre de poder vender, ceder, o dar en sucesión sus acciones a la persona que deseen y de la forma que quieran.

2.1.2 Características de la libre negociación

La libre negociación en palabras de Cesar Coronel Jones se manifiesta como un pacto bilateral o multilateral de voluntades, que libre y conscientemente acuerdan sobre el modo en que sus acciones serán transmitidas. Estos pactos son equiparables a un contrato privado, e incluyendo cláusulas que puedan convenir a las partes. Los convenios privados en Ecuador son válidos, aunque se discute la pertinencia de incluir cierta clase de cláusulas como lo son la de ataque, defensa y bloqueo.

La autonomía de voluntad de las partes suscriptoras se manifiesta a través de las condiciones y modos en que se pactarán las acciones. Otro aspecto importante, es la libertad de pactar sobre las prestaciones que sean convenientes por consentimiento y les da la potestad de regular libremente las prestaciones y adicionar formalidades especiales si lo manifestaran. (Temas de Derecho, 2012, p. 1)

Asimismo, cabe señalar que el carácter en un convenio es privado, es decir, como todo pacto fuera de los estatutos, no deberá constar en los estatutos.

Según palabras de Dutilh, las acciones se pueden negociar libremente por sus poseedores, estas llevan adheridos derechos que no pueden ser limitados por el estatuto de la empresa, como son el de voto, venta, o ser parte de la junta directiva.

El artículo 191 de la ley de Compañías manifiesta que contrato social o estatutos no pueden imponer restricciones a pactar libremente con las acciones que se posee dentro de una empresa, garantizando su libre circulación.

Es decir, que la "libre negociación" es el género, y la "libre circulación" es la especie. En otras palabras, al momento de pactar e imponer las condiciones beneficiosas a ambas partes, se da paso a que las acciones cumplan su ciclo de circulación, ya sea por venta, cesión o traspaso. Por ende, la libre negociación, no es más que la capacidad de traspaso de acciones o participaciones de modo contractual pactando las condiciones y, precio si fuera el caso que mejor les convengan a las partes.

2.2 Concepto de libre circulación y características

2.2.1. Concepto de libre circulación

Como manifiestan codificaciones como la Ley de Mercado de valores y la Ley de Compañías, una de las cualidades que tienen las acciones, como títulos valores es la de circular y poder ser transferidas por su poseedor, sin prohibición alguna.

“Se entiende por libre circulación de acciones cuando no existe ninguna clase de limitación, ni condicionamiento a la transmisión de acciones, ya sea por la propia naturaleza de las mismas o porque cumpla los requisitos estatutarios”. (Savransky, 2012, p. 2)

Por tanto, la transmisión de acciones permite la sustitución del adquirente por el enajenante, traspasando los derechos, obligaciones y deberes sociales. “El adquirente asume la condición de socio, representada exteriormente y delimitada en cuanto a su contenido por la acción, como un derecho propio”. (Rodríguez, 2012, p. 1)

2.2.2. Características de libre circulación

La principal característica de la libre circulación de las acciones es que no puede ser limitada por el contrato social, por lo que la transferencia no necesita del consentimiento de la junta general de accionistas o de cualquier otro órgano interno de la compañía en la cual operará la transferencia de acciones. (Alvarez, 2014, p.1)

Así, según la visión de Ortiz, las acciones ordinarias una vez puestas en el mercado circulan libremente desde su emisión a menos que hayan sido compradas por la misma empresa. La naturaleza de las acciones desde el momento de su emisión es la de poder circular libremente.

Al respecto, la Ley de Mercado de Valores en su artículo dos enfatiza que toda clase de limitantes a la libre negociación y libre circulación se entenderá nula. Este artículo señala que “cualquier limitación a la libre negociación y circulación de valores no establecida por Ley, no surtirá efectos jurídicos y se tendrá por no escrita” (Ley de Mercado de Valores, 2014, p. 2)

En Ecuador, la libre circulación de las acciones, a diferencia de la libre negociación puede ser limitada por convenios privados, ya que existe la posibilidad dada por la ley. En este caso, la Ley de Mercado de Valores permite crear bloques de actuación conjunta y adelantarse a ciertas circunstancias

adversas a los intereses de los accionistas pactantes del convenio. Por ejemplo, en un sindicato de bloqueo, o un voto conjunto, la voluntad de los accionistas quitaría hasta cierto punto, la plena libertad que tiene el accionista poseedor de la acción condicionada a poder negociarla libremente.

Aquí se observa que, por el principio de libre negociación de acciones, se puede pactar libremente, pero se discute si existe la posibilidad en el convenio de accionistas de imponer cierta clase de cláusulas, como la de bloqueo y obligar al accionista afectado, a la sociedad, o a un tercero acatarla. Pero la imposición de este tipo de cláusulas está en la misma potestad de negociación, ya que la ley ecuatoriana no lo prohíbe expresamente, de hacerlo se violentaría el principio de libre negociabilidad.

Caso contrario es el de la imposición de condiciones dentro de los estatutos, ya que la sola imposición de cierta clase de limitantes a las acciones y su libre circulación afectarían los derechos naturales que una acción otorga, como lo es en este caso, el de libre negociación.

2.2.3. Limitaciones a la libre circulación de las acciones

“Se entiende por limitación, a la imposición de condiciones, ya sea estatutarias o extra-estatutarias sobre determinadas acciones para limitar o condicionar su libre transmisión” (Dutilh, 2016, p.1). Se puede limitar por pactos extra-estatutarios aspectos como la venta de acciones a determinado precio o a determinada persona, y dejar de cierta manera condicionada la plena libertad de la negociación de las acciones.

En el Ecuador no se puede limitar la libre circulación de acciones a través de los estatutos, ya que violentaría la capacidad de negociar las mismas, dicho principio se encuentra en el artículo 191 de la Ley de Compañías.

Asimismo, según César Coronel Jones las limitaciones deben respetar la legislación vigente y no afectar el interés de la sociedad, ni de terceras personas. En el caso de acuerdos privados se debe observar que el principio

de libre negociación no se puede coartar, a diferencia de la libre circulación, ya que por pactos privados se podría imponer condiciones o restricciones a la venta accionario o transmisión, como por ejemplo imponer una condición de no vender a cierto accionista.

Por lo manifestado, se entiende que existirá la posibilidad de limitar la capacidad natural de circulación de las acciones en casos específicos, siempre que respeten las normas legales vigentes y no estén prohibidas.

2.2.4. Clase de limitaciones a la libre circulación de las acciones según su fuente

Según el jurista argentino Fernando Savransky las limitaciones que se puede dar a la libre circulación según la fuente de la que nacen son: a) legales; b) estatutarias y; c) limitaciones pactadas entre socios.

a) Legales: son todas aquellas restricciones que la misma ley impone dentro del accionar de una empresa para evitar actos que van en contra de la moral y la libre competencia.

b) Estatutarias: Son aquellas restricciones que están dentro de los estatutos de la empresa y que prohíben o limitan de forma específica ciertos actos o personas dentro del seno de la empresa. En el caso ecuatoriano esta clase de limitaciones no son permitidas, a diferencia de la legislación española.

c) Limitaciones pactadas entre socios (pactos reservados)

Otra forma de limitar la libre circulación de acciones es por medio de convenios contractuales para-estatutarios, es decir, ajenos a los estatutos. “Ya que en ellos se busca adelantarse a ciertos escenarios, y así poder tomar como bloque una postura que prevea una solución conveniente a sus intereses”. (Mosquera, 2013, P.2)

Como ya se mencionó en el primer capítulo, existen tres clases de convenios de entre accionistas: a) los de mando, que buscan imponer la voluntad de ciertos accionistas como un bloque sobre los de la empresa, b) los de defensa,

que dan una capacidad de respuesta, por lo general a las minorías sobre actos impuestos por otros socios o la empresa, y finalmente, c) los de bloqueo, que buscan limitar o condicionar la circulación de las acciones excluyendo a personas o modos de transmisión para así proteger los intereses de los pactantes de dicho convenio. Es por ello que dentro del convenio de accionistas se debe colocar cierta clase de cláusulas para limitar o dar mayor alcance a los acuerdos estatutarios:

2.3 Normas jurídicas en el Ecuador.

En Ecuador los convenios de accionistas, como se explicó en el capítulo anterior, son válidos, y, en ellos se encuentra la capacidad de actuar de manera conjunta para obtener un fin imponiendo cláusulas específicas que convengan al bloque. La validez de los convenios es indudable, pero la posibilidad de imponer ciertas clases de cláusulas es lo discutido. Por el principio de libre negociación se puede imponer condiciones específicas, pero se discute su validez y su exigibilidad de cumplimiento, ya que en algunos casos violentarían principios como el de libre circulación de acciones.

En primer lugar, y siguiendo lo expuesto por juristas como Favier y Jones, no se puede violentar el derecho natural de los accionistas al poseer una acción, ya que esta le confiere capacidades como la de voto, negociabilidad, pactos entre socios, decisión dentro de la compañía, etc.; y en este caso su capacidad de poder hacer con ellas lo que le parezca conveniente a sus intereses. A esta facultad la conocemos como "libre negociación", pero existen situaciones que parecería la condicionan, como por ejemplo el inciso tercero del artículo doscientos veintiunos, que manifiesta que: "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 de Ecuador, 2014, p. 43)

Si pactar cláusulas son derechos adscritos que la libre negociación de una acción otorga y nos apegamos a lo manifestado por el artículo 192 en la Ley

Orgánica Monetaria y Financiera (Ley de Mercado de Valores), referente a la actuación conjunta, se entenderían como válidos según la normativa ecuatoriana.

Otro caso es el derecho a voto, ya que esta capacidad se otorga al poseedor de acciones o participaciones, y lo faculta a poder actuar como mejor les convenga a sus intereses. Esto se detalla en el artículo doscientos diez, que dice: “Es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas que tengan derecho a votar”. (Ley de Compañías de Ecuador, 2014, p. 41). Aquí tenemos otro caso que manifiesta la falta de claridad sobre el tema de libre circulación de acciones, ya que por un lado se manifiesta que los poseedores de acciones o participaciones pueden obrar como ellos quieran, como en este caso, pactar entre ellos, pero por otro lado el derecho a voto se ve reducido por la posible invalidez de formar un bloque conjunto de votación entre socios, ya que la parte que estuviere fuera del convenio de voto podría sentir que sus derechos fueron vulnerados.

Otro aspecto importante a analizar, es la libertad de negociación que la acción confiere a su poseedor, ya que una de las capacidades que confiere la libre circulación, es la de transferir dicho título valor a cambio de dinero. Esto se encuentra manifestado en el artículo ciento cuarenta y tres de la ley de compañías, que manifiesta: “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.” (Ley de Compañías de Ecuador, 2014, p.27)

Al respecto de este tema, la ley de mercado de valores en su artículo segundo menciona lo siguiente: “Cualquier limitación a la libre negociación y circulación de valores no establecida por Ley, no surtirá efectos jurídicos y se tendrá por no escrita”. (Ley de Mercado de Valores, 2014, p. 2). Aquí se especifica claramente que no se puede limitar de ningún modo la libre circulación de los mismos.

“Hasta el 28 de diciembre del 2016 existían en el Ecuador dos doctrinas societarias contrapuestas sobre el tema de validez de los pactos entre

accionistas y limitaciones a la libre negociación, estas eran las doctrinas 141 y la doctrina 65". (Romero, 2017, p. 1)

La Doctrina No 65 de la Superintendencia de Compañías manifestaba que la libre venta de acciones no podía ser limitada ni condicionada. Y lo expresa de la siguiente manera: "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." (Mosquera, 2013, p. 75), p. Dicha afirmación se apoya en el artículo ciento noventa y uno de la Ley de Compañías que dice: "el derecho de negociar las acciones libremente no admite limitación." (Ley de Compañías de Ecuador, 2014, p. 38)

No obstante, la Doctrina No. 141 de la misma institución, mencionaba:

(...) 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. (Doctrina 141, 2012, p.2)

En este punto, se podía evidenciar claramente un vacío jurídico que no fue subsanado a pesar de la supresión de todas las doctrinas societarias existentes en la Superintendencia de Compañías, ya que sus existencias no generaban ningún efecto rectificador sobre la libertad de negociación, ni sobre la actuación correcta dentro de un convenio de accionistas.

Al respecto el catedrático César Coronel Jones (2013, p. 23) postulaba que dicha limitación que se quería imponer solo recae sobre los órganos sociales, lo que no atenta contra la naturaleza de libre circulación de las acciones que adquiere cada socio con la posesión de su acción. Esto estaba manifestado en la doctrina societaria número sesenta y cinco que decía:

(...) la prohibición de limitar el derecho de negociar las acciones, se refiere exclusivamente a que tal derecho no puede ser limitado por el contrato social, por el Estatuto o por acto societario alguno -resolución de Junta General, de Directorio o de los representantes legales de la

Compañía- pues, tales limitaciones serían contrarias a la naturaleza misma de las acciones de la compañía anónima, que son por esencia negociables (...)

Por lo manifestado en el párrafo anterior, se puede deducir que la libre negociación de las acciones no puede ser limitada estatutariamente o por decisiones de junta general, pero no se prohíbe que los socios negocien libremente y dispongan su mejor manejo, es por ello que se puede considerar que el convenio de accionistas no afecta la libre negociación de acciones, y garantiza su esencia natural que es la libre disposición.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que, así como se garantiza la libertad de suscribir convenios entre los socios y hacer circular libremente sus acciones; los pactos celebrados entre sí, o con terceros son inoponibles frente a la compañía, y así su incumplimiento, no se puede impedir que la inscripción válida de la transferencia de acciones que se hubiere efectuado en violación de dicho pacto. (Jones, 2016, p.2)

Para entender mejor esta postura se debe observar que, así como no se puede limitar la forma en que se negocian las acciones, tampoco se puede limitar la forma en que se pacta para llegar a dichos acuerdos mercantiles. Esto quiere decir, que, si para llegar a un acuerdo monetario sobre una acción se debe pactar sobre una obligación de 'no hacer', este debería ser cumplido. Por este motivo, dentro de la presente investigación, se respaldará la postura favorable a pactar convenios de accionistas, entre ellos, la cláusula de bloqueo, así como su plena validez.

Es aquí donde radica la verdadera libertad de negociación, en poder convenir entre socios que actos u omisiones se deben realizar en bien de un fin, en el caso de la libre negociación, económico. Esto se detalla claramente en la ley de compañías en su artículo doscientos siete, numeral octavo, que dice: "Salvo lo dispuesto en el artículo innumerado que le sigue al Art. 221 de esta Ley, son derechos fundamentales del accionista, de los cuales no se le puede privar: 8.- Negociar libremente sus acciones". (Ley de Compañías de Ecuador, 2014, p. 41)

Consecuentemente, esta investigación mantiene una postura en la cual se apoya la plena eficacia de pactar convenios entre accionistas y que estos sean válidos por el principio de libre transferencia de acciones, y no se discute su efecto directo entre los suscriptores de los mismos, se mencionó que sobre la empresa no pueden ser exigidos en caso de incumplimiento, pero cabe realizar entonces las siguientes preguntas al respecto: ¿qué efectos tiene sobre terceros? y ¿cómo se exigiría su cumplimiento frente a todos estos actores? Partiendo de estos cuestionamientos, se desarrollará el siguiente capítulo.

3. Capítulo III: Posturas societarias sobre la prohibición o no de la Cláusula de Bloqueo dentro del convenio de accionistas en la legislación ecuatoriana

En el presente capítulo se busca contextualizar los términos estudiados y aplicarlos de manera que sirvan para entender una postura societaria correcta sobre la validez o prohibición de utilizar una cláusula de bloqueo dentro de un convenio de accionistas, además se analizará sus efectos jurídicos, así como las partes que actuarían dentro de ella.

De igual manera dentro del estudio hecho se buscará analizar la normativa existente en el Ecuador. Al comprender el articulado estudiado dentro del presente ensayo se podrá analizar si existe o no un conflicto al momento de pactar una cláusula de bloqueo dentro de la legislación ecuatoriana, y si esta tendría validez.

3.1. La cláusula de bloqueo a la luz de la legislación actual

Como se mencionó anteriormente, la principal cualidad que caracteriza a las acciones es la de poder ser transferida por su poseedor y hacerla circular libremente. Según Lina Henao, el principio de libre circulación de las acciones es irrenunciable y no se pacta en el contrato social, pero se discute si se podría establecer en un pacto privado, respecto de condiciones para la transferencia de acciones.

La cláusula de bloqueo en palabras de Mejía Mejía (2014, p.1) “son aquellas condiciones dentro de un contrato privado que busca limitar de cierto modo la venta de acciones”. Y según la postura de Mosquera (2013, p. 25) “son aquellos que tienden a limitar una eventual transmisibilidad accionaria dentro de un lapso establecido de tiempo a terceros no sindicados, o los condicionan”.

En Ecuador existe duda de si es posible pactar una cláusula de bloqueo; ya que la ley no prohíbe tácitamente su uso, pues esa facultad está dentro de la libre negociación que los poseedores pueden ejercer, pero su aplicación crea incertidumbre debido a que, significaría una limitación del derecho ajeno, y al ser un pacto reservado se estaría creando un efecto de cosa ilícita.

Por otro lado, la principal característica de los pactos extra-estatuarios según manifiesta Coronel Jones, es su carácter privado y reservado a no suscriptores, pero al tener efectos condicionantes sobre la libre potestad de otros accionistas de poder transmitir libremente sus acciones se cuestiona su uso.

La principal problemática existente sobre pactar una cláusula de bloqueo es la existencia de normas dispersas dentro de distintos códigos. Al no encontrar una cláusula específica que regule detalladamente el uso de la cláusula de bloqueo se puede generar errores sobre el alcance de pactar esta clase de convenios privados dentro de un contrato. Además, al no existir normas detalladas que regulen el uso de una cláusula de bloqueo dentro de un convenio de accionistas, se podría alegar una nulidad de pactar dicha cláusula. En este aspecto, el artículo nueve del Código Civil, declara que todo acto que no esté dentro de la ley se entiende por inválido.

Desde un punto de vista personal existen varios criterios dentro de los articulados de los distintos códigos que podrían ayudar en entender su validez o no. En este aspecto, existen artículos dentro de varios cuerpos legales que darían muestras de la validez o no de pactar una cláusula de bloque y así determinar su validez.

3.2. Artículos desfavorables y artículos favorables sobre la Cláusula de Bloqueo

3.2.1 Artículos desfavorables y análisis

Como punto inicial para determinar la validez de pactar una cláusula de bloqueo en la normativa ecuatoriana, en primer lugar, se debe observar la validez de los convenios que no son sabidos por los demás miembros, ya sean estos socios o terceros.

Como se manifestó anteriormente, la cláusula de bloqueo tiene por objetivo adelantarse a un efecto jurídico que no consta en los estatutos, y en este caso el pacto social al que hace referencia este artículo es sobre la voluntad conjunta dentro de los estatutos para violentar y burlar las leyes al momento de la inscripción de la compañía, no se enfoca sobre la convención extra estatutaria de imponer libremente cláusulas, en este caso la cláusula de bloqueo, luego de constituida esta.

Según la Ley de Compañías en su artículo ciento cuarenta y seis, en su parte final, referente a la fundación de compañías anónimas menciona que todo pacto es nulo si no es revelado. (Ley de Compañías de Ecuador, 2014, p.28)

Otro caso interesante es el del artículo doscientos veintiuno, referente a los Derechos y obligaciones de los accionistas, que dice:

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.

Este artículo manifiesta que al existir un pacto que aminore los derechos propios de las acciones, así como acuerdos o cláusulas que supriman derechos a los accionistas serán nulos.

Esto quiere decir que, si se quisiera vender una acción y pactar mejores condiciones, por el principio de libre negociación se podría hacer, pero al imponer una cláusula de bloqueo se impediría que esta acción esté libre de negociación, ya que sobre ella pendería una condición. Pero por el lado de los pactantes, y avalados por el principio de libre negociación, ellos pueden poner las cláusulas que les resulten convenientes, aunque sean extra-estatutarias.

Ya que no se discute la validez de los convenios de accionistas fuera de los estatutos, se maneja la postura que implantar una cláusula de bloqueo dentro de un convenio de accionista es válida, y su efecto debería ser acatado por las partes que no forman parte de dicho pacto, ya que, aunque al estar fuera de los estatutos y no ser conocido por los demás miembros, el solo hecho de ser parte de una sociedad refiere riesgos y estos deben ser previstos.

Es decir que si una persona se convierte en accionista dentro de una sociedad y existe la posibilidad que la actuación de otro socio o socios afecte su derecho personal, debe tener la facultad de poder frenar dichos actos.

Por lo manifestado se puede concluir que, si bien los artículos expuestos inicialmente parecían ser desfavorables a pactar una cláusula de bloqueo, entendiéndolos mejor si permiten dicha práctica.

Un claro ejemplo es el artículo 221 de la Ley de Compañías, el cual hace referencia a limitar cierta clase de convenios, pero no los prohíbe tácitamente. En otras palabras, esto implica que imponer una cláusula de bloqueo no elimina los derechos que las acciones tienen libremente, si no que regula el ejercicio de estos derechos.

3.2.2. Artículos favorables y análisis

Aunque el artículo segundo de la ley de mercado de valores declare no escrito a toda limitación a la libre negociación y libre circulación de las acciones, se entiende que la limitación a libre negociación o circulación es estatutaria y sobre resoluciones de junta general, pero en el caso de negociaciones dadas

por convenios privados se entiende que la amplitud de derechos abarca también el de imponerse obligaciones de no hacer cierta clase de actos.

Para validar la postura favorable a los convenios entre accionistas se puede citar lo expuesto por el artículo cuarenta y siete, inciso primero de la Ley de Mercado de valores, referente a la Dirección y administración de las bolsas de valores. El artículo dice:

El máximo órgano administrativo de las bolsas de valores es el directorio, cuyos miembros serán elegidos por la junta general de accionistas de la bolsa de valores por un período de hasta dos años, observando el principio de independencia del directorio como cuerpo colegiado frente a los accionistas, a los intermediarios y a la administración de las bolsas de valores. Para la integración del Directorio deberán tomarse en cuenta al menos las siguientes disposiciones:

1. Revelación al directorio de acuerdos de actuación conjunta establecidos entre accionistas, miembros del directorio y principales administradores. (Ley de Mercado de Valores, 2014, p.21)

Como se puede observar en el párrafo anteriormente citado, la normativa ecuatoriana avala la existencia de actuaciones conjuntas dentro sociedad, y los convenios de accionistas extra-estatutarios están dentro de esta categoría. Y en el caso de artículo en específico hace referencia a la revelación de pactos conjuntos al momento de la conformación del Directorio de una Bolsa de valores.

En el artículo ciento noventa y dos de la Ley de Mercado de Valores, referente al control y acuerdo de actuación conjunta manifiesta la existencia plena de actuaciones conjuntas entre socios, que señala:

Se entiende que tienen el control de una sociedad, las personas que por sí o en unión con otras, con las que existe acuerdo de actuación conjunta, tienen el poder de influir en forma determinante en las decisiones de ella; o que son capaces de asegurar la mayoría de votos en las juntas de

accionistas y pueden elegir a la mayoría de los directores o administradores

Se considera que hay acuerdo de actuación conjunta, cuando entre dos o más personas existe una convención, expresa o tácita, para participar con similar interés en la gestión de la sociedad o para controlarla. (Ley de Mercado de Valores, 2014, p.76)

Por lo manifestado se entiende que, aunque existen leyes poco claras dentro de la legislación nacional, si se permite la realización de convenios entre accionistas, como parte de una actuación conjunta para la obtención de un fin determinado pactado entre los accionistas suscriptores.

3.3. Efectos Jurídicos de Pactar una Cláusula de Bloqueo

Al momento de pactar una cláusula de bloqueo dentro de un convenio privado se debe tener en cuenta que se busca que este pacto privado afecte al ejercicio accionario dentro de la sociedad, y aunque este fuera de los estatutos, influirá sobre las decisiones, ya sea entre los suscriptores, con la sociedad, y finalmente con terceros no sindicados.

3.3.1. Cláusula de Bloqueo entre suscriptores

Dentro de un contrato privado las partes quedan obligadas a cumplir lo pactado, ya que la autonomía de la voluntad de las partes se manifiesta en la aceptación de las obligaciones jurídicas que el incumplimiento genere.

En este caso, al instante que se pacta una cláusula de bloqueo se debería procurar su cumplimiento, pero los suscriptores al no cumplir con lo convenido no podrán exigir a la sociedad que haga cumplir lo pactado, ya que es un acuerdo de carácter privado. Dicho incumplimiento se podría exigir por mecanismos pactados dentro del contrato, pero jamás se podría exigir el cumplimiento de la obligación a la sociedad.

Y en el caso que se pudiera demostrar que el incumplimiento se dio por razones ilícitas, el accionista sindicado no tendría responsabilidad alguna. Se entiende por razones ilícitas, por ejemplo, la suplantación de identidad u obligar a otro miembro a firmar dicho pacto con el uso de la fuerza o amenazas.

Por otro lado, si incumple por cualquier otro motivo, se debe aplicar la cláusula penal establecida en el convenio. Para esto se debe recurrir a los mecanismos establecidos en la legislación para el incumplimiento de cualquier contrato.

3.3.2. Cláusula de Bloqueo frente a otros accionistas

El convenio de accionistas para pactar una cláusula de bloqueo al ser personal y privada debería afectar únicamente a los suscriptores, pero existe el caso de venta. Al momento de adquirir acciones que vienen unidas a convenios, estas podrían condicionar a los nuevos dueños y obligarlos a cumplir las cláusulas que se pactaron entre los accionistas anteriores. Esto representa un problema ya que, si se quisiera vender las acciones de bloqueo sindicadas, estas no deberían obligar al no suscriptor a cumplirla, ya que el no manifestó su voluntad de aceptar los términos de dicho pacto.

Como consecuencia, si un accionista sindicado vende sus acciones a otro accionista que no era parte del acuerdo, este último no pasa a formar parte automáticamente del convenio suscrito previamente; para que esto suceda, deberá manifestar expresamente su voluntad en ese sentido, y por el otro lado, los accionistas sindicados deberán aceptar la integración de este nuevo miembro.

3.3.3. Cláusula de bloque frente a terceros

Como se mencionó anteriormente, se entiende por terceros a todos aquellos que no suscribieron el contrato, pero se debe aclarar que entre estos podrían

entrar aquellos nuevos socios y la sociedad. Es por ello que el efecto jurídico que se genere varía dependiendo de quién sea el involucrado.

En primer lugar, tenemos a las personas ajenas al pacto que adquieren sindicadas; y luego tenemos el caso de la sociedad. En el primer caso, se supondría que se debería transmitir dicha obligación, pero este caso no aplica por ser convenio entre privados y no se puede exigir al nuevo socio a cumplir un pacto que no aceptó.

En el Ecuador los pactos para-societarios se supondrían nulos, ya que como menciona el artículo ciento cuarenta y seis de la Ley de Compañías: “todo pacto social que se mantenga reservado será nulo” (Ley de Compañías de Ecuador, 2014). En este caso para que se cumpla lo exigido por este artículo; y una tercera persona, ajena al convenio de accionistas no pueda exigir la nulidad de un pacto para-societario deberá cumplir con el requisito de publicidad.

Dicho requisito se efectuará al momento en que los suscriptores registren dicho convenio en el Registro mercantil, ya que así se cumplirá con la exigencia legal de la publicidad. De este modo, los pactos entre socios o accionistas son permitidos ya que no incumplen lo impuesto por la norma legal y cumplen la formalidad exigida.

3.3.4. Efectos frente a la sociedad

Al momento de pactar una cláusula de bloqueo se busca que sus efectos tengan validez y actúen a la par de los estatutos, pero su oponibilidad es discutida. Se debe analizar si el pacto social se puede oponer frente a la sociedad.

En países como Argentina se maneja la postura de la inoponibilidad del acto jurídico, es decir que su efecto tiene validez únicamente entre los suscriptores, pero no frente a terceros, quienes pueden valerse de ella, para que el acto jurídico celebrado entre las partes no les afecte, en los casos en que la ley lo permite, para protegerlos (Derecho La Guía, 2012, p.1). Esta postura se da

para que la eficacia de los convenios para-sociales no tenga la misma eficacia que los estatutos.

Existen legislaciones que aceptan su oponibilidad previa el cumplimiento de ciertos requisitos como la uruguaya y la brasileña , pero en el caso ecuatoriano todo convenio privado que no fuese comunicado y consentido carecía de valor jurídico por objeto ilícito, como lo manifestaba la Doctrina Societaria 141. Esto daba a entender que todo convenio privado fuera de los estatutos era ilegal y eso dificultaba su aplicación y conocimiento de los alcances jurídicos.

Luego de la publicación el 6 de enero del 2017 en el Registro Oficial, se suprimió todas Doctrinas Jurídicas, entre ellas las 141, y eso abrió el camino a que sea más sencillo utilizar cualquier clase de convenios para-societarios. Si bien, como ya se mencionó, al ser la cláusula de bloqueo parte de un acuerdo privado, se entendería que la sociedad es ajena a él.

En una posición personal y sustentado en el punto anterior, al tomar a la sociedad como un tercero, se podría exigir ante esta el cumplimiento de una cláusula de bloqueo, ya que está fuera de los estatutos, la ley no los prohíbe.

4. Conclusiones y Recomendaciones

4.1. Conclusiones

A manera de conclusión, la presente investigación permitió indagar sobre las inconsistencias existentes dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano actual y su adecuado análisis para determinar la validez de pactar una cláusula de bloqueo. Dicha inconsistencia dada por la duda de la eficacia de pactar convenios entre accionistas fuera de los estatutos, ya que, aunque no están prohibidos por la ley.

El objetivo de realizar dichos pactos es para complementar algunas disposiciones del estatuto social o modificar derechos de los socios, según este establecido en las leyes o dentro de los mismos estatutos. Los acuerdos entre socios nacen como una respuesta a la imposibilidad de realizar ciertos convenios entre ellos y que no tengan validez jurídica, por ejemplo, la limitación a la libre transferencia de acciones o participaciones o sucesiones entre familiares. Además, porque se considera que hay asuntos de la empresa que deben mantenerse en reserva y no ser publicados.

Los convenios de accionistas se pactan para limitar la propiedad accionaria, garantizar una votación conjunta, limitación o bloqueo de personas o precios, condicionar o frenar la transferencia de acciones, detallar como se hará la repartición accionaria, mecanismos de desempate y métodos para evitar posibles disputas que no constan dentro de los estatutos.

Asimismo, se puede concluir que, si se pueden establecer cláusulas de bloqueo dentro de convenios privados, siendo este un elemento clave dentro de la investigación, aunque el artículo dos de la Ley de Mercado de valores postule que es imposible limitar la libre negociación y libre circulación de las acciones, si se entiende bien el artículo se refiere a limitaciones estatutarias, por lo que la validez de pactar una cláusula de bloqueo no estaría limitada. En el caso de la libre circulación si es posible su limitación, y aunque no esté establecida por la ley, existen artículos favorables a actuaciones conjuntas

entre accionistas lo que permite entender la validez de pactar una cláusula de bloqueo.

Además, entre las facultades de la libre negociación está la de poder incluir cláusulas que mejor convengan a los intereses del poseedor, como por ejemplo la cláusula de bloqueo. Los artículos cuarenta y siete y ciento noventa y dos mencionan la existencia de actuaciones conjuntas, es decir, que las convenciones privadas son válidas, entre ellas la cláusula de bloqueo.

De igual manera, se entiende que la libre circulación da libre potestad de circular sin impedimento a las acciones, pero en el caso ecuatoriano esta facultad si puede ser limitada por convenios para-societarios. Dentro de un convenio privado, por la amplitud del principio de libre negociación, se puede imponer una obligación de no hacer, es decir limitaciones a las acciones.

Finalmente, la cláusula de bloqueo no se puede oponer frente la sociedad, ya que, al tratarse de un convenio entre privados no se puede exigir su cumplimiento a terceros. La cláusula de bloqueo no puede ser exigida a no pactantes del convenio, ya que el 'juego empresarial' siempre se manejará por intereses personales, pero no se puede exigir a un nuevo miembro dentro de este juego que entre a participar sin reglas claras y justas.

4.2. Recomendaciones

Como recomendaciones del presente estudio, se puede mencionar en primer lugar, crear un artículo específico dentro de la ley de Compañías que se enfoque en los mecanismos para regular los convenios entre accionistas y las demás actuaciones conjuntas para así saber el mecanismo correcto a tomar y sus límites. La actuación conjunta se menciona dentro de la Ley de mercado de valores, pero no se delimita lo que genera problemas al momento de su interpretación.

En segundo lugar, se debería incluir un artículo específico dentro de la legislación ecuatoriana que detalle claramente los conceptos de libre

negociación y libre circulación de acciones, lo que facilitaría la comprensión del artículo segundo de la ley de mercado de valores y evitaría que se utilicen ambos términos como sinónimos, evitando así su correcta interpretación.

Finalmente, se debería incluir un artículo específico dentro de la ley de compañías y la ley de mercado de valores que especifique el tema del tipo de cláusulas específicas dentro de los convenios entre accionistas, incluido la cláusula de bloque, además de temas como la oponibilidad, causales de nulidad y duración.

Referencias

- Abad D. (2017). Acuerdos de Accionistas. Recuperado el 23 de abril de 2017 de: <http://abogados.lawinfo.com/recursos/ley-de-negocio/acuerdos-de-accionistas.html>
- Alvarez, M. (2014). Academia Educativa. Recuperado el 15 de enero de 2017 de: http://www.academia.edu/7145347/16._Cu%C3%A1les_son_las_limitaciones_que_podr%C3%ADan_aplicarse_a_la_transferencia_de_acciones
- Alcocer, S. (2012). La Sindicación de Acciones en el Derecho comparado. Recuperado el 14 de marzo de 2017 de: <http://www.repositorio.uasb.edu.ec/.../T732-MDE-Mosquera>
Lasindicacióndeaccionenelederchocomparado.pdf
- Anaya, G. (2016). Convenios de accionistas. Recuperado el 24 de febrero de 2017 de: <http://ley.exam-10.com/pravo/24257/index.html>
- Benítez P. (2015). Que es valor nominal. Recuperado el 12 de julio de 2017 de: <https://www.blogbancopopular.es/que-es-valor-nominal-accion/>.
- Caamaño. C. (2013). Sindicación de Acciones. Recuperado el 25 de octubre de 2016 de: <http://www.monografias.com/trabajos34/sindicacion-acciones/sindicacion-acciones.shtml>
- Código Civil. (2005). Registro Oficial Suplemento 46, de 24 de junio de 2005.
- Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de valores. Registro oficial Suplemento 215 de 22 de febrero del 2006
- Conde L. (2013). Alcances y operatividad de los convenios de accionistas en las sociedades anónimas. Recuperado el 23 de julio 2017 de: revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/13770/14394.pdf
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011. Actualizado al 22 de septiembre del 2016.
- Coronel, C. (2012) Derecho a la libre negociación de acciones, Guayaquil. Ecuador: Editorial Universitaria.
- Corral, A. (2013). Trámite para la compraventa de acciones. Recuperado el 17 de marzo de 2017 de: https://www.youtube.com/watch?v=QG_YZ4ljoKY&t=435s

- Dutilh, J. (2016). Régimen transmisibilidad de acciones. Recuperado el 23 de junio 2017 de: <https://lequid.es/blog/2016/02/regimen-transmisibilidad-acciones-participaciones/>
- Favier, E. (2013), Sindicación de Acciones y convenios privados entre socios. Recuperado el 13 de marzo de 2017 de: <http://www.favierduboisspagnolo.com/fds2/wp-content/uploads/2013/02/Sindicacion-de-acciones-y-convenios-.pdf>
- Ferraro, N. (2014). Artículos Sociedades. Recuperado el 12 de julio de 2017 de: <http://articulossociedades.blogspot.com/2008/03/pacto-de-sindicacin-de-acciones.html>
- Henao, L. (2013). Los Pactos Parasociales. Recuperado el 23 de julio 2017 de: www.redalyc.org/pdf/4175/417537443008.pdf
- Jones, C. (2016). Derecho a la libre negociación. Recuperado el 23 de marzo 2017 de: <http://www.revistajuridicaonline.com/1990/09/derecho-a-la-libre-negociacin-de-las-acciones-objeciones-a-la-doctrina-141/>
- Lasowsky D. (2012). Convenios de Sindicación. Recuperado el 26 de julio de 2017 de: <http://www.derechocomercial.edu.uy/ReSocSAConvSind.htm>
- Ley de compañías. Registro Oficial 312 del 5 de noviembre del 1999.
- Miron, R. (2011). Sindicación de acciones. Recuperado el 16 de julio de 2017 de: <http://www.abogae.com/sindicacion-de-acciones-como-mecanismo-de-control-en-las-sociedades>
- Mosquera, S. (2013). LA SINDICACIÓN DE ACCIONES EN EL DERECHO COMPARADO. Recuperado el 24 de abril de 2017 de: www.repositorio.uasb.edu.ec/.../T732-MDE-Mosquera-La%20sindicación%20de%20accion...
- Ortiz, A. (2017). Derecho a la Libre negociación de acciones. Recuperado el 8 de febrero 2017 de: <https://www.clubensayos.com/Temas-Variados/DERECHO-A-LA-LIBRE-NEGOCIACION-DE-LAS-ACCIONES/3811930.html>
- Parraguez, L. (2012). El negocio jurídico simulado. Recuperado el 14 de marzo de 2017 de: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121399/1/DDP_ParraguezRuizLuisSergio_Tesis.pdf

- Paz, C. (2013). El Enforcement de los pactos parasociales. Recuperado el 13 de abril de 2017 de: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf>
- Pedrol, A. (2013). La Sindicación de acciones en Colombia. Recuperado el 23 de marzo de 2017 de: <https://www.clubensayos.com/Temas-Variados/La-Sindicacion-De-Acciones-En-Colombia/982729.html>
- Pérez, C. (2015) Problemas que presentan los pactos parasociales. Recuperado el 15 de junio 2017 de: <http://blog.efl.es/articulo-doctrinal/problemas-que-plantean-los-pactos-parasociales/>
- Resolución 6 de la Superintendencia de Compañías. Registro Oficial 252 del 11 agosto de 1999.
- Resolución 14 de la Superintendencia de Compañías, Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías. Registro Oficial 371 del 10 de noviembre de 2014.
- Robleto, C. (2014). La Sindicación de acciones. Recuperado el 25 de julio 2017 de: www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/download/1488/1294
- Rodríguez, C. (2012). Derecho Comercial. Recuperado el 16 de julio 2017 de: <http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseSocios02.htm>
- Romero, E. (2017). Supresión de Doctrinas societarias. Recuperado el 27 de enero de 2017 de: <http://www.eluniverso.com/opinion/2017/01/27/nota/6018673/supresion-doctrinas-juridicas-superintendencia-companias-2>
- Sáez, M. (2014). Los pactos parasociales de todos los socios en el Derecho español. Recuperado el 15 de abril de 2017 de: http://www.indret.com/pdf/666_es.pdf
- Utrilla, D. (2015). La Sindicación de Bloqueo en las Sociedades Anónimas. Bilbao: Tirant lo Blanch.
- Valle, O. (2013). Convenios de Accionistas: un cambio necesario. Recuperado el 25 de abril 2017 de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/12891/13472>

