

# Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF)



Working Paper Series 9/2016

## Los pactos de socios: su validez y *enforcement* en el Derecho ecuatoriano

Fabricio Dávila Lazo<sup>1</sup>

Julio de 2016

---

<sup>1</sup> Fabricio Dávila Lazo es Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Máster en Derecho de Empresas por el Centro de Estudios Garrigues, y es miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. Email: [fdavilalazo@gmail.com](mailto:fdavilalazo@gmail.com)

## ***Resumen***

Los pactos de socios son acuerdos entre los socios de una sociedad en el cual tienden regular sus relaciones internas, así como aspectos de contenidos económicos, políticos y organizacionales. En principio no forman parte del ordenamiento societario de la persona jurídica y se ubican en el campo del derecho de las obligaciones y de los contratos, por lo que en teoría no pueden valerse de los mecanismos y vías que nos brinda el derecho de sociedades para buscar su cumplimiento. Sobre su cuestión de validez no hay mayor disenso en la doctrina, sin embargo sobre el cumplimiento del mismo frente a la sociedad no hay posiciones claras, y encontraremos jurisprudencia que usan argumentos como de buena fe, economía procesal y abuso del derecho para poder hacer efectivo su cumplimiento. En nuestro derecho poco se ha desarrollado sobre la materia y debido al nulo desarrollo normativo y jurisprudencial y a doctrinas contradictorias, no se sabe con certeza que clases de pactos son válidos y si los medios de cumplimiento que nos ofrece la doctrina y jurisprudencia internacional son aplicables al derecho local. Es por ello que es nuestra intención, desde el estudio de las doctrinas más autorizadas y del derecho comparado, aportar académicamente al desarrollo de la materia en el Ecuador.

## Índice

<b>Introducción.....</b>	<b>4</b>
<b>1. Pactos de socios: Concepto y régimen jurídico.....</b>	<b>6</b>
<b>2. Justificación de los pactos de socios. ....</b>	<b>8</b>
<b>3. Validez de los pactos de socios en el Ecuador. ....</b>	<b>11</b>
<b>4. Cumplimiento vía judicial de los pactos de socios .....</b>	<b>17</b>
<b>5.- El cumplimiento de los pactos de socios frente a la sociedad. ....</b>	<b>20</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>30</b>

*“La idea básica es que la ley prefigura una máquina de organizar que no puede alterarse, pues se teme que una maquinaria tan delicada pueda fallar. La autonomía privada sería algo así como la arena que arruina el engranaje” (Paz-Ares)*

## Introducción

Los pactos de socios o, como los denomina gran parte de la doctrina, pactos parasociales<sup>2</sup>, son un instrumento privado en el cual todos o una parte de los socios de una sociedad se ponen de acuerdo sobre ciertos aspectos de vital importancia para la vida y organización de ésta. Estos pactos de socios vienen a completar el contrato de sociedad que, analizado desde un punto de vista económico, se trata de un contrato incompleto. Los pactos tienden a regular las relaciones entre los socios, sus obligaciones para con la sociedad y la forma de organizar a ésta última. De ahí que se los clasificará en tres grandes tipos: pactos de atribución, de relación y de organización, siendo éstos últimos los que mayor resistencia han tenido en la doctrina.

Su cuestión de validez tuvo mucha producción literaria por parte de la doctrina en el siglo pasado, hasta que finalmente en las legislaciones modernas no se tiene ningún atisbo de duda sobre la validez de este tipo de instrumento, en algunos ordenamientos como el colombiano y el de algunos estados de los Estados Unidos de América hasta tienen reconocimiento normativo.

Los pactos de socios como desarrollaremos en el presente trabajo no se integran en la esfera jurídica de la persona jurídica y por lo tanto son parte del recinto obligacional. Se rigen por las normas del derecho común de las obligaciones y de los contratos y no por la ley especial societaria. No obstante lo expuesto, son varios los autores que señalan que los pactos de socios interpretan los estatutos sociales y así mismo otro grupo de autores manifiesta que los pactos de socios, en determinadas circunstancias, son parte de la estructura de la persona jurídica.

Sin duda alguna el cumplimiento vía judicial de los pactos de socios es el tema que más atención nos ocupará en este trabajo. Debemos destacar que según la clase de pacto ante el que estemos su cumplimiento revestirá mayor o menor complejidad; así, un pacto de atribución difícilmente nos presente problemas para buscar su cumplimiento, sin embargo el cumplimiento vía judicial de un pacto de organización frente a la sociedad, si que nos supondrá un estudio y análisis más profundo, y esto debido a la diversas teorías que existen sobre la noción de la persona jurídica. El prejuicio realista sigue arraigado en la mente de los tratadistas y dificultan el entendimiento de la materia.

---

<sup>2</sup> Esta expresión fue popularizada tras el célebre trabajo de Giorgio Oppo, *CONTRATTI PARASOCIALI*, Milano, 1942.

Como podrán observar el presente artículo representa un arduo trabajo debido a la falta de producción local sobre la materia y el nulo desarrollo normativo y jurisprudencial. Sin embargo, desde el estudio de las doctrinas internacionales más autorizadas, de las teorías del derecho de sociedades y del análisis e interpretación de la normativa interna, intentaremos desarrollar los conceptos y construir lo que sería una posición favorable hacia la validez y el cumplimiento de los pactos firmados por todos los socios frente a la sociedad. En nuestro derecho local queda mucho por estudiar y desarrollar en temas societarios, abandonar viejas concepciones y prejuicios de nuestra manera de entender el derecho de sociedades y sumarnos al cambio de paradigma que no es otra cosa que el análisis económico del derecho de sociedades.

### **1. Pactos de socios: Concepto y régimen jurídico.**

El origen de los pactos de socios, como figura jurídica, se encuentra en el derecho anglosajón en lo que se denomina *shareholder agreements*, cuya función según la doctrina más autorizada<sup>3</sup> es la de complementar o modificar, con mayor flexibilidad, el contenido de los documentos constitutivos de la sociedad a la que se refieren. Por tanto, podríamos entenderlo como acuerdos que alcanzan todos o algunos de los socios, para complementar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias de la sociedad a la que pertenecen.

Tal y como será explicado, los pactos de socios no se integran en la esfera de la persona jurídica y son parte del recinto obligacional. De aquí se podría concluir que estos acuerdos carecen de eficacia frente a la sociedad, y ahí se originaría su mayor inconveniente, la imposibilidad de oponerle sus efectos a la sociedad que se refieren. No obstante, y como veremos, esta regla tiene sus matices y no puede ni debe ser tratada como absoluta.

Los pactos de socios son de naturaleza contractual en el que se acuerdan realizar determinadas prestaciones de dar, hacer y no hacer. Por su naturaleza estarán regidos por los principios del derecho común de las obligaciones y de los contratos. Rige el principio de libertad contractual por lo que no es obligatorio elevarlos a escritura pública, se recomienda siempre que estén por escritos y dependiendo del

---

<sup>3</sup> Ver a Cándido Paz- Ares, *El Enforcement de los pactos parasociales*, Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, 2003, pg. 19.

contenido y a la sociedad que se refieren que sean suscritos ante Notario para facilitar el tema de la prueba.

Según la doctrina italiana<sup>4</sup> y aceptada mundialmente, existen varios tipos de pactos de socios. En primer lugar, los *pactos de relación*, que son aquellos acuerdos que, con carácter general no inciden en la esfera jurídica de la sociedad. Estos pactos están enfocados en los derechos de los socios en relación con la sociedad. Dentro de esta categoría encontramos subtipos. Por ejemplo: pactos de bloqueo<sup>5</sup>, derechos de adquisición preferente, derechos de venta conjunta, pactos de no agresión<sup>6</sup>, etc. En segundo lugar, los *pactos de atribución*, que son aquellos acuerdos que, se caracterizan por ser convenios que tienen por objeto establecer una serie de ventajas a favor de la sociedad en la que participan. Estos acuerdos están pensados en atribuir ventajas a la sociedad, razón por la cual, no se encuentra doctrina o jurisprudencia que impongan trabajas o limitaciones a su eficacia y a su exigibilidad. Esta clase de pactos bien pueden ser incluidos dentro de los estatutos bajo la figura societaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima, pero en ciertos casos los suscriptores del pacto desean obviar la publicidad registral y por eso acuden al pacto, o puede ser el caso que una mayoría reforzada reforme los estatutos y elimine las prestaciones accesorias, mientras que si todos los socios son firmantes del pacto éste únicamente podrá ser derogado por el acuerdo mutuo de la todos quienes lo suscribieron, esta es otra razón de porque en ciertos casos se prefiere el pacto de socios y no los estatutos. Como solución se puede recomendar incluir la prestación en los estatutos y pactar por separado que se obligan a no reformar esa parte específica de los estatutos por un determinado periodo de tiempo. Los ejemplos más comunes de este tipo de pactos son: acuerdos de obligación de financiar a la empresa; abstenerse de competir con la sociedad, exclusividad de ventas, entre otros. Por último, se encuentran los *pactos de organización*, que son aquellos acuerdos en los que se pretende regular la organización y funcionamiento de la sociedad, su objeto es el control de la sociedad. Por el objetivo que persiguen se puede decir que constituyen una regulación subalterna respecto de los estatutos. Encontramos dos grandes grupos dentro de esta clase de pactos: (i) votar en un determinado sentido; y, (ii) sindicación de voto. Sobre la sindicación de votos en el Ecuador trataremos más adelante.

---

<sup>4</sup> Ver obra de Giorgio Oppo, *CONTRATTI PARASOCIALI*, Milano, 1942.

<sup>5</sup> En este tipo de pactos las partes tratan de garantizar de manera recíproca la continuidad en el capital social de la compañía.

<sup>6</sup> En este tipo de pactos, los socios que comparten el poder político en el capital social, acuerdan no elevar su participación en la misma y de esta manera evitar una alteración al equilibrio que existía en el momento inicial.

## 2. Justificación de los pactos de socios.

Los pactos de socios encuentran justificación en que son una herramienta con la que cuentan los socios para complementar el contrato de sociedad. Partimos desde la premisa de que el contrato de sociedad, visto desde un punto de vista económico es un contrato incompleto, y que este tipo de problemas se lo resuelve con la contratación.<sup>7</sup> Es decir, se le otorga a las partes la autonomía suficiente para que sean estos quienes analicen y en su mayor beneficio suscriban los pactos de socios que consideren necesarios y convenientes para un desarrollo óptimo de la sociedad en la que participan.

La doctrina española<sup>8</sup> señala que 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.

Analicemos la siguiente situación: un grupo de inversionistas desean asociarse para llevar a cabo un proyecto y cada uno de los accionistas deberá aportar inicialmente \$200.000 para adquirir los terrenos, maquinarias y equipos necesarios para la consecución del proyecto. Sería ilógico creer que las partes estarían dispuestas a invertir tal cantidad de dinero y encargarle la administración a un tercero, sin antes haber suscrito un pacto de socios en el que se regule las relaciones internas y la organización de la sociedad. Si una de las partes no quisiera suscribir el pacto de socios o en su defecto la legislación local lo prohíba totalmente, las partes probablemente no entrarían en el negocio por no tener la certeza de que su inversión se encuentra debidamente protegida y que se ha establecido entre sus socios reglas para regular su relación.

La práctica societaria nos demuestra que siempre los socios se están reuniendo para decidir en que forma se va a manejar y organizar la sociedad para de esta manera proteger su inversión. Los acuerdos suscritos por todos los socios complementan el contrato social y son de gran trascendencia.

---

<sup>7</sup> Según el Teorema de Coase, los problemas de la norma se pueden salvar a través de la contratación.

<sup>8</sup> Ver en este sentido a María Isabel Sáez Lacave, *Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces*, INDRET REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO 3, 2009, pg. 4 y ss.



Habr  un sector de la doctrina que fiel a su modo de entender el derecho, quieran proponer que sea el legislador el encargado de enumerar y clasificar estas relaciones o situaciones para incluirlas en la norma. Esto sería un grave error, ya que el legislador ni sus asesores son capaces de imaginarse el sin fin de situaciones que las partes puedan querer regular. La razón es sencilla, el legislador no sabe más del negocio que los propios involucrados en el mismo. La doctrina americana<sup>9</sup> señala que en lugar de la intervención del legislador, se debe dejar la resolución de conflictos de intereses a la libertad contractual, de esta manera no se generarán los posibles costes de una intervención errónea por parte de los legisladores. Lo que si debe hacer el legislador ecuatoriano es aceptar que existen los pactos de socios y que son un práctica común y reconocerles su eficacia y cumplimiento, pero no llegar a interferir en querer regular las situaciones, eso es exclusivo de la voluntad privada de las partes a través de la contratación.

Un resultado de la contratación a través de pactos de socios es que, al complementarse el contrato de sociedad se disminuyen los costes de agencia, por ejemplo, del socio que no ejerce la administración y debe estar pendiente de que el socio - administrador sea diligente y no se est  beneficiando en perjuicio de la sociedad. Lo que se pretende evitar con el contenido de cierto tipo de pactos es el oportunismo en las sociedades.

Es primordial señalar que según nuestro criterio el Derecho de sociedades no sólo debe de estudiarse desde la óptica jurídica, también se lo debe de hacer desde una perspectiva económica. El análisis económico del derecho de sociedades ha demostrado que las normas jurídicas más eficientes, aquellas que producen mayor riqueza a los contratantes son las que terminan prevaleciendo. Las leyes societarias deben otorgar la libertad a las partes para que éstos regulen sus relaciones a través de la contratación de manera gratuita. Un trabajo paradigmático sobre el análisis económico del derecho de sociedades en Estados Unidos, responde al t pico  por qué está el derecho de sociedades?, señalando que las leyes societarias son un conjunto de términos disponibles para que las partes de un negocio puedan ahorrarse los costos de contratación. Existen reglas de quórum de votación, de mayorías reforzadas, que casi todo el mundo las quiere adoptar. Entonces, el derecho de

---

<sup>9</sup> Ver en ese sentido a Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Close Corporations and Agency Costs*, 38 STANFORD LAW REV. 271 (1985).

sociedades, a través de sus Códigos y Leyes, entrega gratuitamente esta “hipotética voluntad de las partes” porque es lo menos costoso para las partes, y de esta manera les permite enfocarse en temas específicos de su actividad. Estas normas que están contenidas en “la hipotética voluntad de las partes” las debemos de entender como normas dispositivas por lo que las partes deberían poder cambiarlas libremente, siempre teniendo en cuenta que existen ciertas normas que se recomienda sean imperativas, como por ejemplo: las normas contables, de no ser así se pudiera afectar a todo el sistema en conjunto<sup>10</sup>.

La sociedad debe de dejar de entenderse como una <máquina jurídica> que debe de ser cuidadosamente diseñada por técnicos y en la cual las partes son meros ejecutores de las indicaciones del legislador y de cierto sector de la doctrina. Se debe abandonar ese prejuicio tecnocrático en el que se tiende a pensar que el legislador está en mejores condiciones que los operadores para dotar a las sociedades de reglas eficientes o adecuadas.

Las siguientes frases describen de gran manera el pensamiento tradicional de como vemos y entendemos el derecho de sociedades: “En consecuencia, corresponde al legislador la entrega de los planes de esta máquina maravillosa que por sí misma puede dar satisfacción las necesidades de la industria y del comercio. Tiene que hacerlo con la intención de lograr que ésta funcione lo mejor posible. En primer lugar el Estado tiene el deber de regular el uso de ésta máquina”<sup>11</sup>.

En las palabras anteriores de Paz-Ares se resume de manera perfecta cual es el pensamiento que se sigue teniendo en ciertos países con fuerte influencia del derecho Español e Italiano en materia societaria, con leyes, reglamentos y doctrinas que aún mantienen conceptos tradicionales y antiguos del derecho de sociedades. Aún se mira con recelo y no existe unanimidad en aceptar el contenido de ciertos tipos de pactos de socios en nuestra doctrina local y todo se debe a la manera de ver y entender el derecho de sociedades, en la que sólo el legislador es el capaz de dictar todas las reglas que deben regir a una sociedad y no se deja a las partes hacer uso de la libertad contractual para que sean éstos quienes contraten entre ellos y dicten las

---

<sup>10</sup> Ver en ese sentido: John Armour, Henry Hansmann & Reinier H Kraakman, *What Is Corporate Law?*, in THE ANATOMY OF CORPORATE LAW : A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH (2009) at. 17 y ss.; FRANK H. EASTERBROOK & DANIEL R. FISCHER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW at. 1-40(Harvard Un ed. 1991).

<sup>11</sup> Cándido Paz-Ares, *¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)*, en Paz-Ares (coord.), TRATANDO DE LA SOCIEDAD LIMITADA (Fundación Cultural del Notariado, 1997), pp. 159-205,

normas que van a regular su relación y organización de la sociedad a la que se refieren.

Por último, PAZ- ARES señala lo siguiente “*Si centramos la atención en los incentivos que crea de antemano la regla, nuestro modo de pensar cambia radicalmente. Entonces es cuando estamos en condiciones de comprender que las partes pueden estar interesadas, a la vista de sus peculiares circunstancias, en introducir una cláusula que modifique los incentivos que proporciona las reglas standard a fin de obtener una mayor ventaja mutua*<sup>12</sup>”. Este pensamiento es esclarecedor a la hora de ver y analizar desde un nuevo punto de vista el derecho de sociedades y ayuda a comprender las razones por las cuales se justifica la adopción de acuerdos al margen de los estatutos.

### **3. Validez de los pactos de socios en el Ecuador.**

Mucho se ha discutido en el siglo pasado y las primeras décadas del siglo XXI sobre la validez de los pactos de socios y hoy se admite sin cuestionamientos que se puedan celebrar acuerdos privados al margen del contrato de sociedad, esto con base en el principio de la libertad contractual.

En la legislación comparada podemos comprobar que el fenómeno de los pactos de socios es una realidad y que existe en el día a día de las operaciones societarias. En los Estados Unidos<sup>13</sup> se encuentren plenamente desarrollados, lo mismo en el Reino Unido y el resto de Europa, en Sudamérica, es Colombia<sup>14</sup> el país que más ha desarrollado esta asignatura.

#### **3.1 ¿Son válidos los pactos de socios en el derecho ecuatoriano?**

La legislación societaria ecuatoriana en su artículo 1 señala el concepto del contrato de compañía y señala que: “Este contrato se rige por las disposiciones de esta Ley,

---

<sup>12</sup> Cándido Paz- Ares, op. cit., p. 185

<sup>13</sup> La experiencia en los Estados Unidos ha sido igual que en la mayoría de los países, primero los Tribunales declaraban la invalidez de los pactos de socios y ahora el Derecho de ese país ha dado un paso en firme hacia su plena validez, solo con la condición de que el pacto sea por escrito, firmado por todos los socios y se ponga en conocimiento de la sociedad. Para un mayor análisis ver la Section 7.32 de la *Model Business Corporation Act*.

<sup>14</sup> Para un mayor estudio del caso colombiano ver: Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. Sentencia No. 801-16, 23 de abril del 2013. (Caso Vermont) <http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx>; <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3600/3778>, y <http://www.redalyc.org/pdf/3600/360033223011.pdf>

por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil.

Como podemos apreciar el artículo uno de la Ley de Compañías donde se desarrollan los preceptos generales que serán aplicables a todo tipo de compañías señala que el contrato de compañías se puede regir, entre otros, por los convenios de las partes. Este artículo se lo ha entendido tradicionalmente en que cuando señala “por los convenios de las partes” se entiende por esos pactos lícitos que permite la Ley incluir dentro de los estatutos, como por ejemplo, a la hora de elegir administradores en la sociedad anónima o mixta se permite cambiar la forma de voto<sup>15</sup>. Con esto dicho, los pactos de socios quedan al margen del contrato social, y se enmarcarían en el recinto obligacional y estarían regidos por las reglas del derecho común de obligaciones y contratos.

Los pactos de socios son contratos privados que se celebran entre las partes. Son de naturaleza estrictamente obligatoria. Esto quiere decir que sus efectos se limitan a los socios firmantes, en ningún caso se pueden extender dichos efectos a los socios no firmantes. Esto no quiere decir que se excluya toda posibilidad de que los pactos de socios puedan afectar a las sociedades implicadas. Aunque privados de naturaleza societaria, guardan una conexión con el contrato de sociedad, debido a que con dichos pactos se pretende regular la relación interna de los socios y la organización de la sociedad. Como veremos más adelante, la jurisprudencia les ha otorgado el reconocimiento de eficacia societaria a los pactos firmados por todos los socios frente a la sociedad, cuando concurren determinadas circunstancias.

### **3.2 Análisis de la Ley de Compañías y sus Doctrinas**

El artículo 146 de la Ley de Compañías establece que: “Todo pacto social que se mantenga reservado, será nulo.” Este artículo se encuentra ubicado en el capítulo correspondiente a la fundación de la compañía anónima y se entiende en el sentido de que en el momento de la fundación si existe un pacto social que es reservado y que beneficie a unos en detrimento de otros, será nulo.

Seguimos el criterio de la doctrina más autorizada en Ecuador en la que manifiesta que los acuerdos parasociales para ser válidos no necesariamente deben ser públicos,

---

<sup>15</sup> Ver artículos 150 # 10 y 352 de la Ley de Compañías.

por no ser “pactos sociales” sino “pactos parasociales”<sup>16</sup>. Por lo que el artículo 146 no sería de aplicación a los pactos de socios (parasociales) por consiguiente éstos no deben ser públicos y pueden mantenerse reservados. Compartimos plenamente este criterio.

### **3.3 Prohibición de establecer requisitos para la transferencia de acciones.**

Un escollo a superar en la normativa ecuatoriana es la supuesta prohibición legal a establecer requisitos distintos a los que señala la ley para la transferencia de acciones. Esto viene del pensamiento del derecho de sociedades como una corteza infranqueable de metal que es inalterable, en la que los operadores se deben limitar a escoger el domicilio; nombre, actividad y demás características de forma, más no de fondo.

El artículo 189 de la Ley de Compañías prohíbe establecer requisitos o formalidades para la transferencia de acciones, que no estuvieran expresamente señalados en la Ley, y cualquier estipulación estatutaria o contractual que los establezca no tendrán valor alguno. En concordancia con esto el artículo 191 establece que el derecho a negociar libremente las acciones no admite limitaciones y el numeral 8 del artículo 207 establece que negociar libremente las acciones es un derecho fundamental del accionista del cual se no le puede privar.

Cierta parte de la doctrina local y la misma Superintendencia de Compañías del Ecuador han entendido este grupo de artículos como una prohibición absoluta a pactar bajo ningún concepto y en virtud de ningún instrumento limitaciones a la transferencia de acciones. Sin embargo la misma Superintendencia de Compañías ha publicado dos Doctrinas Jurídicas Societarias en las que se contradice, por un lado la Doctrina 65 está a favor de la autonomía de la voluntad de las partes y reconoce que cualquier accionista está en libertad de renunciar al derecho de negociar libremente sus acciones a través de un pacto separado, y por el otro lado; la Doctrina 141 establece que el convenio privado por el cual se estipula que el accionista de una Compañía Anónima se obliga a no enajenar sus acciones, sin previo consentimiento de un tercero, accionista o no de esa Compañía, carece de valor jurídico por objeto ilícito.

---

<sup>16</sup> Ver en ese sentido a ROBERTO SALGADO VALDEZ, TRATADO DE DERECHO EMPRESARIAL Y SOCIETARIO, TOMO II, V1, P.205 Y SS (2015);

El derecho de sociedades contiene normas triviales y los artículos 189 y 191 son un ejemplo de ello. Las reglas que parecen obligatorias pueden ser triviales en esencia. Por lo tanto, si una regla puede ser evitada a través de una planificación adecuada, la regla es trivial<sup>17</sup>.

Es importante señalar que según nuestro criterio la norma citada carece de total sentido. Veamos con un ejemplo: Imaginemos que un grupo de inversionistas quieren emprender un proyecto en el Ecuador y desean constituir una sociedad del tipo anónima (Sociedad A), y dos de éstos inversionistas quieren celebrar un pacto de socios en el cual mediante una obligación de no hacer, se obligan a no enajenar las acciones que poseen de la Sociedad A por un periodo de cinco años. Consultan con su asesor legal y les manifiesta que debido a que aparentemente la legislación societaria no les permitiría celebrar dicho pacto de socios, van a tener que hacer uso de otros mecanismos para poder garantizar esta obligación. De esta manera el asesor les recomienda la siguiente estructura societaria: Qué los dos inversionistas constituyan una SPV<sup>18</sup> en Baltimore, E.E.U.U. (Estado que reconoce al máximo la libertad contractual), y en esa legislación suscriben el pacto de socios e incluyen la prohibición de enajenar por cinco años las acciones que poseen sobre el SPV. Luego, constituir en Ecuador la Sociedad A y uno de los accionistas de dicha Sociedad A sería el SPV. De esta manera los socios son accionistas indirectos de la sociedad A domiciliada en Ecuador y han logrado “burlar” en la práctica la supuesta prohibición teórica sobre establecer requisitos para la transferencia de acciones, alcanzando al final del día el mismo objetivo inicial, obligarse a no enajenar sus acciones por un determinado periodo. Por lo tanto la prohibición es irrelevante o innecesaria porque se la puede obviar mediante un planificación adecuada, pero eso sí costosa, por lo que no tiene sentido seguir manteniendo este tipo de normas que no son consonantes con la realidad y práctica societaria.

Otro ejemplo de cómo llevar a la práctica un sindicato de bloqueo o pactos de *lock – up* es el siguiente: Incorporar el sindicato de accionistas como una sociedad distinta, en este caso sería una sociedad de responsabilidad limitada, a ésta se le transmiten todas las acciones sindicadas. De esta manera a través de un pacto de organización con sede en la sociedad de responsabilidad limitada se incorpora el sindicato de bloqueo, y así se aprovecha la mayor flexibilidad que nos otorga la SL.

---

<sup>17</sup> Para el lector interesado en el tema consultar la obra de Black, *supra* note.

<sup>18</sup> A Special Purpose Vehicle es un vehículo societario que se constituye para cierto tipo de operaciones, como por ejemplo la de adquirir activos.

En este sentido nosotros nos adherimos a la doctrina que se muestra a favor de que el accionista no tenga limitaciones para pactar particularmente con un tercero la promesa de cederle sus acciones por ejemplo<sup>19</sup>. Defendemos la tesis que se desarrolla en la Doctrina 65 en la que se ha sostenido que cualquier accionista está en libertad de renunciar al derecho a la libre negociación de sus acciones mediante pacto separado.

### **3.4. Sindicalización de acciones**

Los pactos de organización, como su nombre lo delata van encaminados hacia controlar la organización de la sociedad y ésta se controla a través de la elección de los administradores de la misma. Es por ello que es práctica común encontrar acuerdos de bloque de votos o sindicato de votos en este tipo de pactos. Donde dos o más accionistas deciden encaminar su voto de una manera determinada para alcanzar un objetivo en común.

La doctrina más especializada en Ecuador<sup>20</sup> manifiesta que la sindicalización de acciones se trata de un pacto o acuerdo entre accionistas, realizado fuera de la sociedad – por eso lo llamamos parasocial, que tiene como propósito influir en la vida de la compañía mediante el aglutinamiento del poder de voto de los accionistas sindicados.

Sorprendentemente la Doctrina de la Superintendencia de Compañías 145 –prohíbe la sindicación de acciones, dicha doctrina define a la sindicación de acciones como “el pacto de algunos accionistas para votar o no votar en cierta forma en determinadas resoluciones, lo cual está prohibido por la Ley de Compañías”<sup>21</sup> La Doctrina establece que no es posible que existan acciones ordinarias sin derecho a voto, pero si es factible una modificación contractual en los estatutos de la compañía y únicamente estará referida para la designación de los administradores y comisarios de la misma.

---

<sup>19</sup> En ese sentido ver a Jorge Egas Peña, *El Status del Accionista (Derechos y Obligaciones de los Accionistas)*, in *La Compañía Anónima, Análisis Sistemáticos de su Normativa* p.125 (Ediciones ed. 2006)

<sup>20</sup> Ver en ese sentido a César Drouet Candel, *El voto y sus posibilidades de ejercicio en la Compañía Anónima*, Revista de Derecho Societario, N°7, 2007, pgs. 187–208;

<sup>21</sup> Consultar la Doctrina de la Superintendencia de Compañías 145, Registro Auténtico 1997 de 29 de Agosto de 1997.

No compartimos el criterio expuesto por la Superintendencia de Compañías en la Doctrina 145 y consideramos que su argumentación en contra de la de acciones es débil. El argumento principal que esboza dicha Doctrina es que la sindicalización de acciones se encuentra prohibida en el Ecuador porque la Ley de Compañías establece que es nulo el convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas que tengan derecho a votar. Aquí el error conceptual de la Doctrina 145, la sindicalización de votos de ninguna manera desconoce el derecho a votar ni pretende anular el derecho de voto en el seno de la sociedad, peor aún significa renuncia del derecho a votar, sino ordenación de tal derecho, y a ello está facultado el accionista precisamente en uso de la libertad que tiene para proceder libremente con su voto.

La Doctrina 145 desconoce los notables avances que se han dado en el siglo pasado. Por ejemplo: la doctrina y jurisprudencia italiana eran los que se mostraban más reacios y rechazaban este tipo de pactos. Luego de intensos debates la doctrina y jurisprudencia reconoce su licitud, y basan sus argumentos en la manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes que rige en materia contractual e incluso ha llegado a aceptar su ejecución forzosa.

Volvemos al problema de cómo entendemos el derecho de sociedades y a las normas triviales que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico societario. Es posible, como lo ha señalado la doctrina ecuatoriana<sup>22</sup>, que los socios indirectamente pacten la sindicalización a través de la constitución de un fideicomiso a fin de que el fiduciario dirija el sentido de los votos, o con designación de un apoderado común con los mismos fines. Nuevamente con una planificación correcta<sup>23</sup> hemos logrado el objetivo pretendido, probando de esta manera la intrascendencia de la norma que lo “prohíbe” y de las Doctrinas que “refuerzan” la supuesta prohibición.

De esta manera concluimos que en el Ecuador son válidos todo tipo de pactos de socios y no encuentran limitación más que de las Doctrinas elaboradas por la Superintendencia de Compañías, no obstante para una mayor tranquilidad para el inversionista y para evitar los costos elevados que una correcta planificación demandan, se debe pensar en una reforma integral a la Ley de Compañías en la que

---

<sup>22</sup> A este respecto ver a ROBERTO SALGADO VALDEZ, TRATADO DE DERECHO EMPRESARIAL Y SOCIETARIO, TOMO II, V1, pgs. 205 Y SS (2015);

<sup>23</sup> Además del fideicomiso existen varias formas en que se puede hacer efectivo la sindicalización de acciones como por ejemplo: nombrar un apoderado común, usufructo de las acciones y pactar que el usufructuario tenga los derechos de voto, celebrar un contrato de prenda sobre las acciones y que sea el acreedor prendario quien tenga los derechos de voto, constituir una sociedad limitada y aportarle las acciones sindicadas y en la sede la sociedad limitada celebrar el pacto de organización.



quede libre de toda duda la posibilidad de hacer uso de las prácticas societarias que se desarrollan en los ordenamientos jurídicos más avanzados de Europa y de la región. De esta manera se generará más confianza y seguridad jurídica y esto como hemos visto disminuye los costes de agencia y crea valor a las sociedades. De la misma manera el trabajo le corresponde en buena parte a la doctrina nacional en ir elaborando y asentando criterios sólidos y modernos que estén en consonancia con la realidad mundial y evolución que se vive en el derecho de sociedades.

#### **4. Cumplimiento vía judicial de los pactos de socios**

##### **4.1. Mecanismos de cumplimiento *inter partes* de los pactos de socios**

Si un pacto de socios es considerado válido<sup>24</sup> dentro de nuestro ordenamiento jurídico, trae como consecuencia que el mismo es una ley para las partes contratantes (artículo 1561 Código Civil)<sup>25</sup>, con base en lo señalado no se puede denegar el acceso a los medios que prevé el sistema jurídico para quien busque hacer efectivo su cumplimiento.

Partiendo de la tesis<sup>26</sup> defendida en la construcción del *enforcement* de los pactos de socios en el derecho español vamos desarrollar tres de los principales medios que nos brinda el derecho civil ecuatoriano para el cumplimiento *inter partes* de los pactos de socios: (i) la acción de indemnización de daños y perjuicios; (ii) la acción de cumplimiento; y (iii) la acción de remoción

##### **4.2 La acción de indemnización de daños y perjuicios**

La acción de indemnización de daños y perjuicios deriva directamente de la responsabilidad contractual, que se traduce en que la parte que ha incumplido lo acordado está obligada a reparar los daños y perjuicios que con su incumplimiento le ha ocasionado a su contraparte.

---

<sup>24</sup> Sobre la validez de los pactos de socios nos hemos ocupado en el apartado 3 del presente ensayo.

<sup>25</sup> Artículo 1561 Código Civil: Todo contrato es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

<sup>26</sup>La construcción del *enforcement* de los pactos parasociales en el Derecho español se la atribuye a Cándido Paz- Ares, *El Enforcement de los pactos parasociales*, Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, 2003, pgs. 19–43.

La problemática que nos trae ese remedio es de índole procesal. Su efectividad queda sujeta a poder probar dentro del proceso y más que nada a cuantificar el daño que se ha ocasionado por la violación del pacto de socios. Es por ello que se aconseja que se incluya dentro de los pactos de socios una cláusula penal por incumplimiento con el fin de asegurar su efectividad en caso de incumplimiento.

#### **4.3 Acción de cumplimiento**

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico se encuentra la posibilidad de solicitar judicialmente la ejecución específica de la prestación debida. Dependiendo de la naturaleza de la obligación el derecho nos otorga distintas vías. Si nos encontramos frente a una obligación de hacer, que no ha sido cumplida, su cumplimiento se logra judicialmente a través de un tercero designado por el acreedor (artículo 368 COGEP). En el caso de las obligaciones de no hacer, si se ha incumplido con la obligación, es decir, si ya se ha ejecutado, el juzgador ordenará la reposición al estado anterior y que la contraparte deshaga lo hecho, de no ser posible esto último, se ordenará que se consigne la cantidad correspondiente al monto de la indemnización (artículo 369 COGEP). Por último si se tratará de una obligación de dar, el cumplimiento se lo obtiene mediante diligencias de entrega forzosa de la cosa (artículos 366 y 367 COGEP).

Estos mecanismos que nos otorga el derecho son de utilidad para lograr la efectividad de los pactos de socios que contengan este tipo de obligaciones. No encontramos mayor dificultad de lograr el *enforcement* a través de estas vías en los pactos de atribución y de relación. Aunque debemos manifestar que un pacto de relación (en el que los socios se obliguen a no enajenar sus acciones por un determinado periodo) un Juez no especializado en la materia podría fallar en el sentido de que la obligación no se puede cumplir por ser contraria a la Ley de Compañías.

El principal problema lo vamos a encontrar en los pactos de organización. Teniendo en cuenta que aún nuestra doctrina (ecuatoriana) no es clara sobre si es posible o no la sindicación de acciones, y que al tratarse de pactos que tienen por objeto regular la influencia conjunta de las partes en la sociedad, su cumplimiento necesariamente se proyecta sobre la propia sociedad.

#### **4.4 La acción de remoción**

La acción de remoción es un recurso que servirá cuando el socio demandante tenga interés en revocar el acuerdo de la junta que se adoptó con infracción a un pacto de socios. La acción de remoción a la que hace referencia es la que se contiene en el artículo 1098 del Código civil español<sup>27</sup> y ve su importancia en la posibilidad de que se deshaga lo mal hecho, en este caso, el voto en violación a lo acordado en el pacto, o de que se sustituya la voluntad del socio que ha incumplido mediante orden judicial. Argumenta que si se reconoce este tipo de ejecución específica se acercaría el camino de reconocer que bajo ciertas circunstancias cierto tipo de pactos deban ser oponibles directamente frente a la sociedad, esto para evitar el proceso tedioso del derecho común.

En nuestro derecho local no estamos tan avanzados en el desarrollo de este tipo de recursos, sin embargo, esto no quiere decir que esté prohibido dentro de nuestro ordenamiento. El artículo 1569 del Código Civil ecuatoriano señala que: “Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya: 1. Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor...”.

El artículo citado guarda una gran concordancia con “la acción de remoción” española, y de ahí basamos nuestro criterio en que es posible dentro del Derecho ecuatoriano obtener el cumplimiento judicial de un pacto de organización en el que un socio haya violado su obligación de votar en determinado sentido en las juntas generales. Bastaría que se produzca la violación para que el o los demás socios afectados por la violación del pacto acuden ante los órganos jurisdiccionales y busquen el cumplimiento vía judicial obligando al socio incumplidor a que vote nuevamente en el sentido que se había obligado o su voluntad será sustituida por la de un tercero nombrado por el Juez.

El problema que nos presenta este tipo de mecanismo es su tiempo, para el momento de que obtengamos una sentencia favorable, seguramente se habrán celebrado un sin número de Juntas Generales, razón por la cual, se debe reformar el derecho societario y permitir una acción más directa en este tipo de casos, como la de impugnación por vía societaria del acuerdo adoptado en Junta General con violación a las obligaciones acordadas en un pacto de socios. Sabemos que para esto aún falta mucho camino por

---

<sup>27</sup> Artículo 1098 CC: Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho.

recorrer pero es alentador encontrar en el derecho común los mecanismos que nos pueden servir para perseguir el cumplimiento de lo pactado, esto nos da la seguridad que si es real más que sea en la práctica su *enforcement* y nos deja la tarea a los abogados que elaboremos los pactos de incluir en ellos cláusulas penales y cláusulas arbitrales de urgencia. Así las partes pueden someter sus diferencias frente a un arbitro y los tiempos se acortarían significativamente.

## **5.- El cumplimiento de los pactos de socios frente a la sociedad.**

### **5.1 Concepto de persona jurídica**

Analizar la eficacia de los pactos de socios frente a la sociedad, nos obliga a realizar un posicionamiento sobre un tema muy controvertido: la noción de persona jurídica. Sólo de esta manera podremos ofrecer una visión clara de la tesis que se defiende. Debemos manifestar que no es nuestro objetivo realizar un estudio pormenorizado de las teorías de la persona jurídica que debido a su complejidad y extensión no sería posible abarcar.<sup>28</sup>

“Un sector de la doctrina sostiene que las personas jurídicas son una realidad<sup>29</sup>, no una ficción<sup>30</sup>, pero una realidad de nuestro mundo jurídico, no de nuestra vida sensible. Esta corriente considera modernamente a las personas jurídicas como aparatos técnicos de unificación de relaciones que en otro caso serían múltiples, como múltiples son las personas individuales que integran la sociedad. Luego, cuando el legislador concede personalidad jurídica únicamente dota a ciertas agrupaciones humanas de recursos técnicos que faciliten la actividad de estas asociaciones en la vida de relación<sup>31</sup>. “

Dentro de las varias teorías que han intentado desarrollar las consecuencias de la subjetivación de ese conjunto de personas, las corrientes nominalistas destacan con acierto que la persona jurídica es una expresión que designa de forma abreviada un mecanismo complejo de imputación de consecuencias jurídicas que posibilita la actuación unificada de un grupo de personas en el tráfico, al tiempo que atribuye los

---

<sup>28</sup> Para el lector interesado en estos temas, revisar los trabajos y obras de “Los Comisionados de Justiniano; los canonistas medievales, Sinibaldo dei Fieschi, de Francisco Ferrara, las teoría de Savigny, Gierke, entre otros”, para un resumen de estas obras revisar: José María Blanch, “*Régimen Jurídico de las fundaciones en Derecho Romano*” Madrid, 2007, DYKINSON, p. 49 y ss.

<sup>29</sup> La teoría de la realidad fue desarrollada por Gierke.

<sup>30</sup> La teoría de la ficción fue desarrollada por Savigny, aunque cierto sector de la doctrina considera a Sinibaldo Dei Fieschi (Papa Inocencio IV) como el precursor de esta idea, que luego desarrolla Savigny.

<sup>31</sup> Roberto Salgado Valdez, op. cit., p. 190.

derechos y obligaciones generados por esa actuación a las únicas personas que realmente existen, las personas físicas.<sup>32</sup>

Una parte de la doctrina rechaza la posibilidad de que la persona jurídica sea a su vez centro de imputación y mecanismo de imputación, pero esta doctrina parece olvidar que es el legislador quien le otorga esa distinción especial a las agrupaciones humanas para que puedan actuar en conjunto como un solo grupo en el tráfico jurídico, y les atribuye la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. De esta manera la capacidad para actuar en el tráfico jurídico como centro de imputación no reside únicamente en las personas naturales sino que también en las personas jurídicas, pero como instrumento técnico necesario para facilitar el tráfico en conjunto.

Si de la afirmación de que la persona jurídica representa un centro de imputación, se concluyese que la persona jurídica representa un ente jurídicamente autónomo y totalmente distinto y paralelo de las personas que lo componen, estaríamos incurriendo en una simplificación.<sup>33</sup> Se estaría reconociendo que los socios pueden usar a las personas jurídicas para otros fines y cometer abusos y que éstos estarían al margen de cualquier tipo de responsabilidad y no es así, la ley les otorga la calidad de centro de imputación siempre y cuando no se aleje de los fines para los que fue creada y no sea usada para cometer ilícitos.

En conclusión, nuestra posición respecto al concepto de persona jurídica es el de rechazar el dogma formalista que considera a la persona jurídica como un sujeto jurídicamente autónomo y distintos de sus socios. La defensa a ultranza de ese concepto de persona jurídica como muralla infranqueable es lo que no nos permite entender de manera correcta la naturaleza jurídica de los pactos de socios. Mientras hagamos más grande la idea de la subjetivización de la persona jurídica, más se agrandará el abismo creado entre la sociedad y sus socios<sup>34</sup>.

## **5.2 Pactos firmados por unos cuantos socios y pactos omnilaterales: su oponibilidad**

---

<sup>32</sup> Ver en ese sentido a Cándido Paz- Ares, *Sobre la infracapitalización de las sociedades*, in Anuario de Derecho Civil nº4 1587–1640 (V. 36 ed. 1983); Cándido Paz- Ares, *La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica. Las cuentas en participación*, in Uría Menéndez, Curso de Derecho Mercantil I 569–609 (Aranzadi ed., 2ª ed. 1999).

<sup>33</sup> JORGE NOVAL PATO, LOS PACTOS OMNILATERALES: SU OponIBILIDAD A LA SOCIEDAD. (Civitas ed. 2012)

<sup>34</sup> Ver a JORGE NOVAL PATO, “LOS PACTOS...” OP. CIT.

Sin duda alguna esta es la parte más ardua del trabajo. Debemos analizar si es posible el cumplimiento judicial de los pactos con relación a la sociedad. Para ello es importante empezar por donde se debe y esto es diferenciando las dos clases de pactos que nos podemos encontrar. Por un lado tenemos los pactos de socios que no han sido firmado por todos los socios, es decir, los que las partes del pacto de socios y del contrato de sociedad no coinciden. Estos pactos en nuestro derecho no son oponibles frente a la sociedad y basamos nuestro criterio en el principio de relatividad de los contratos. Al no coincidir las partes firmantes de ambos contratos debemos considerar para estos efectos a la sociedad como un tercero respecto de los que suscribieron dicho pacto. Este tema es claro y en nuestro criterio no admite ni necesite mayor análisis. Los pactos que no han sido firmado por todos los socios no son oponibles frente a la sociedad, a no ser que, mañana, el legislador cambie la normativa interna.

Ahora nos toca entrar a los otros tipos de pactos, los llamados pactos omnilaterales<sup>35</sup>, en éstos las partes del pacto y las partes del contrato de sociedad coinciden, son exactamente las mismas. Sobre este tipo de pactos ciertos autores señalan que no se puede argumentar que existe una separación entre pacto y sociedad y otorgar licencia al incumplimiento de dicho tipo de pactos. Estas posiciones no son pacíficas y mucho se ha discutido sobre el tema tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Debemos señalar que existen dos vías para analizar el tema de la oponibilidad de los pactos de socios frente a la sociedad: (i) por un lado, la tesis que señala que cumpliéndose ciertos requisitos se “rompe” el principio de inoponibilidad; y, por el otro, (ii) se defiende que cumplidos ciertos requisitos los pactos de socios junto con los estatutos conforman parte del ordenamiento de la persona jurídica. Ambas posturas tienen sus argumentos válidos y nuestro trabajo se limitará a exponer de manera breve los argumentos de cada una, sin tomar una posición específica en el tema.

### **5.3 Tesis del principio de inoponibilidad frente a la sociedad**

Como señalábamos en el principio del presente trabajo los pactos de socios se encuentran en el recinto obligacional y no se integran en la esfera societaria de la persona jurídica. Esta distinción nos trae una serie de consecuencias como lo son: no

---

<sup>35</sup> Por omnilaterales entendemos los acuerdos entre socios referidos a la sociedad pero que son suscritos por todos los socios.

poder extender sus efectos a la sociedad, de la misma manera no se puede extender sus efectos a terceros ajenos al pacto, y no poder hacer uso de los mecanismos que nos brinda la legislación societaria para buscar el cumplimiento de los pactos de socios.

Debido que los pactos de socios se encuentran situados en el recinto obligacional y son pactos extra estatutarios, no se podría hacer uso de los mecanismos de *enforcement* que brinda el derecho de sociedades, como por ejemplo, impugnar el acuerdo social que viole lo establecido en el pacto de socios. ¿Pero qué sucede cuando las partes firmantes del pacto y las firmantes del contrato de sociedad, coinciden en su totalidad? Ahí es cuando se propone, como debe de ser, usar las reglas de la interpretación jurídica, para buscar el sentido y razón de ser del principio de la inoponibilidad de los pactos frente a la sociedad.

### ***Ratio legis* del principio de inoponibilidad**

“La regla de la inoponibilidad obedece al principio de relatividad de los contratos, pero esta relatividad ha de entenderse tanto en sentido subjetivo como en un sentido objetivo<sup>36</sup>”. El principio de relatividad desarrollado en el artículo 1561 del Código Civil ecuatoriano establece que: el contrato es una ley para los contratantes. De lo que se traduce que el contrato solo puede obligar a quienes lo suscribieron. De ahí que la regla de la inoponibilidad englobe este principio: lo pactado por los socios no puede ser oponible frente a la sociedad, porque ésta es un tercero respecto a sus miembros. Por consiguiente la *ratio legis* del principio es la ajenidad. La sociedad, al ser un tercero respecto de sus miembros, es ajena a lo firmado por ellos.

Volvemos a la pregunta que nos hicimos en líneas superiores, ¿qué sucede cuando las partes firmantes del pacto y las firmantes del contrato de sociedad, coinciden en su totalidad? Pues sucede, que estamos frente a una coincidencia subjetiva. El pacto de socios al ser firmado por todos los socios no puede ser ajeno a la sociedad, ya que ésta no es un tercero ajeno a ellos mismos. Al no ser un tercero ajeno a la sociedad, la regla pierde su razón de ser, y por lo tanto sería inaplicable, sin embargo, los defensores de esta tesis señalan que no basta con obtener una coincidencia subjetiva, sino que además debemos contar con una coincidencia objetiva para así romper en definitiva la regla de la oponibilidad.

---

<sup>36</sup> Cándido Paz- Ares, “*El Enforcement...*” op. cit. p.36.

Habiendo dejado claro que la simple coincidencia subjetiva no será suficiente para romper a la regla de la oponibilidad, debemos enfocar nuestras habilidades en buscar la forma de “romper” la regla. Como sugieren ciertos autores, si en el diseño del pacto se prevemos de manera clara como será la ejecución específica de la obligación, los socios podrán exigir a los tribunales el cumplimiento forzoso de lo pactado, con lo que se obtendría el mismo resultado que el establecido por el mecanismo societario de impugnación<sup>37</sup>. De esta manera se señala que se ha alcanzado una coincidencia objetiva en los resultados que nos brinda el derecho común y el derecho de sociedades, perdiendo por lo tanto su razón de ser la regla de la oponibilidad.

Habiéndose alcanzado la coincidencia subjetiva de las partes y la coincidencia objetiva de los resultados que brinda el derecho común con el derecho de sociedades no se le puede negar la posibilidad a las partes firmantes del pacto de acudir a la vía establecida en la normativa societaria para buscar el cumplimiento del pacto. De lo contrario los estaríamos enviando a que acuden a las normas procesales y caeríamos en el sin sentido de mantener vigente un acuerdo social que más adelante, quizás luego de muchos años, vaya a ser declarado nulo por la vía del derecho común. Se estaría beneficiando a la parte que libre y voluntariamente suscribe el pacto y se obliga; y, luego, cuando ya no le beneficia, se escuda en una norma o principio (inoponibilidad del pacto frente a la sociedad) para simplemente dilatar el cumplimiento de su compromiso. El Derecho no debería ni debe permitir la conducta que se muestra evidentemente contraria a lo pactado, para que después de un proceso judicial, lo que se pretendía mantener ahora se tenga que devolver.

#### **5.4 Pactos de socios omnilaterales. ¿conforman parte del ordenamiento de la persona jurídica o son ajenos a ellos?**

En esta última parte del trabajo haremos nuestro mayor esfuerzo en resumir los argumentos que defienden la tesis que consideran a los pactos de socios omnilaterales como parte del ordenamiento de la persona jurídica. Nuestro posicionamiento sobre la noción de persona jurídica ya lo hemos establecido en el apartado 5.1, nos tocará ahora realizar un breve resumen sobre los estatutos sociales

---

<sup>37</sup> Ver en ese sentido a María Isabel Sáez Lacave, *Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces*, INDRET REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO 3, 2009, pgs. 1–30



y las cláusulas que lo contienen para luego analizar brevemente las argumentaciones de los Tribunales en las que se consideran a los pactos de socios omnilaterales como parte del ordenamiento de la persona jurídica.

## **5.5 Estatutos sociales**

Los Estatutos sociales se han entendido como un contrato de organización, esto claro, desde una posición tradicional. A diferencia de los contratos que están regulados por los principios y normas del Derecho común, los estatutos, tras su inscripción en el Registro Mercantil, vinculan a todos los socios, incluso a los futuros socios de la sociedad. Esta trascendencia normativa de los estatutos repercute hasta en los acreedores de la sociedad. La obligación de inscribir los estatutos sociales en el Registro Mercantil otorga seguridad sobre la exactitud y licitud de las cláusulas que lo contienen. Es fácil comprender que sin la apariencia de buena fe que otorga la inscripción registral, sería más complicada la actuación por parte de las sociedades en el tráfico jurídico. Sin esa seguridad no existiría certeza, más que la confianza, de que la información que se provee es verdadera.

Para comprender este apartado es importante hacer un breve resumen de las modalidades de cláusulas estatutarias que se han desarrollado en la doctrina alemana y que ha seguido la doctrina española. Existen dos tipos de cláusulas estatutarias y estas son: las cláusulas obligatorias y las voluntarias. Las obligatorias se subdividen en las que son de contenido mínimo obligatorio (Nombre, domicilio, objeto social) y las discrecionales. Dicho esto podríamos resumir que existen cláusulas necesarias, facultativas necesarias, y por el otro lado cláusulas facultativas que forman parte de las voluntarias.

La doctrina ha desarrollado otro criterio y en este es de gran importancia la incidencia de las cláusulas en la estructura del organización jurídico de la sociedad. Este criterio se divide en dos categorías: (i) las cláusulas que poseen eficacia normativa, que se las llama < materiales >; y, (ii) las cláusulas que no tienen eficacia normativa, que se las denomina < formales >. La doctrina más autorizada<sup>38</sup> señala que la distinción se fundamenta en que la inclusión de una determinada estipulación en los estatutos es un requisitos indispensable para que éste adquiera el mencionado carácter o eficacia normativa. Un ejemplo claro en nuestro derecho lo encontramos en la posibilidad de

---

<sup>38</sup> Ver en ese sentido a JORGE NOVAL PATO, "LOS PACTOS..." OP. CIT.

incluir en los estatutos sociales la forma de designación de los administradores, aplicando el voto acumulativo para la elección de los miembros de un Directorio.<sup>39</sup>

Como hemos visto, las “cláusulas formales” luego de su incorporación en los estatutos con su respectiva inscripción en el Registro Mercantil alcanzan esa eficacia normativa que en principio no poseían. Por lo que se podría resumir que fuera de los estatutos no tienen eficacia y serán ineficaces frente a la sociedad.

Que exista una diferenciación entre las cláusulas llamadas materiales y formales será de utilidad para defender una posible eficacia societaria de los pactos omnilaterales, aunque esto no sea suficiente, si que nos ayudará a “superar la creencia de que: todo pacto incluido en los estatutos posee naturaleza estatutaria y valor normativo, mientras que todo pacto parasocial es de naturaleza obligacional y carece de incidencia en la esfera societaria”<sup>40</sup>

Con este sucinto resumen sobre los estatutos sociales, nos quedaría nada más observar cuales han sido los argumentos que han usado los Tribunales más autorizados para defender de una u otra manera que los pactos de socios, en determinadas circunstancias y cumplidos ciertos requisitos, integran el ordenamiento jurídico de la sociedad.

### **Pactos de socios omnilaterales como parte del ordenamiento jurídico de la sociedad.**

Vamos a hacer un breve resumen<sup>41</sup> de las principales sentencias europeas que han reconocido a los pactos de socios como parte del ordenamiento de la persona jurídica, siempre que se cumplan determinados requisitos. Empezaremos por la sentencia del Tribunal Supremo Alemán, misma da origen a la tesis de que los pactos firmados por todos los socios, en determinadas circunstancias, forman parte del ordenamiento jurídico de la sociedad.

---

<sup>39</sup> Ver artículo 150 #10 de la Ley de Compañías y Doctrina Jurídica de la Superintendencia de Compañías N° 145 literales b1 y b2.

<sup>40</sup> Jorge Noval Pato, “op. cit”, p.

<sup>41</sup> Para un estudio más detallado y extenso de las sentencias consultar la obra de JORGE NOVAL PATO, “LOS PACTOS...” OP. CIT.

- La tesis principal de la que nacen las demás decisiones judiciales se lo debemos al fallo de 1983 del Tribunal Supremo Alemán (BGH) que en sentencia, consideró justificada la impugnación de un acuerdo social que contravenía un pacto asumido por la totalidad de los socios y ajeno a los estatutos, por entender que los pactos conforman el ordenamiento de la persona jurídica, siempre que los obligados por tales pactos continúen siendo los únicos miembros de la sociedad.

La decisión de el Tribunal Supremo Alemán se fundamenta básicamente en razones de economía procesal, señaló que carecía de sentido que para eliminar un acuerdo social que infringe un acuerdo omnilateral no se admita su impugnación por vía societaria, cuando ese mismo resultado se puede obtener finalmente gracias a los cauces procesales previstos en el marco del derecho de obligaciones y contratos. Si bien tras haber padecido de las cargas de un procedimiento más laborioso.

- Resulta interesante el siguiente caso extraído de una sentencia alemana: Resulta el caso que dos socios de una GmbH habían acordado aumentar el capital social, de tal forma que éste se duplicase de 100,000 a 200,000 y era fundamental en el acuerdo que dicho aumento de capital no iba a suponer una alteración de la idéntica participación que ambos socios mantenían en la sociedad. Finalmente el aumento de capital fue asumido en su totalidad por uno de los socios debido a la falta de liquidez del otro, quedándose este con  $\frac{3}{4}$  del Capital Social. Este socio que suscribió la totalidad de las acciones se obligo mediante escritura pública a que cuando la situación financiera de su socio mejore, se reequilibraría el reparto del poder, aumentando nuevamente en 100,000 el capital para que su otro socio lo iguale, cuando llegó el momento éste se rehusó a aumentar el capital.<sup>42</sup> El OLG de Hamm en sentencia de 12 de abril de 2000 con relación al caso expuesto decidió lo siguiente: Consideró que la conducta del suscriptor del primer aumento de capital era contraria a lo pactado y con base en la doctrina del BGH concedió la impugnación del acuerdo social. Nuevamente se hizo uso del argumento de por razones de economía procesal.

---

<sup>42</sup> Sentencia de un OLG HAMM Alemán, citada en: Jorge Noval Pato, "op. cit. p."

- En el 2010 se dio un caso singular en el Derecho alemán, el Tribunal Supremo Alemán reconoció la eficacia del pacto de socios frente a lo expresamente estipulado en los estatutos sociales. Se trataba de que en caso de que un socio saliera de la sociedad se le reembolsaría sus acciones tomando en cuanto el valor nominal y no lo estipulado en los estatutos. Finalmente se dio el caso y el socio saliente quería hacer prevalecer lo estatutario, el Tribunal sin más fallo a favor de la eficacia del pacto de socios, argumentando que la cláusula estatutaria no era una cláusula de organización de la sociedad sino más bien contenía una obligación para con el socio.<sup>43</sup> En este caso podemos apreciar como la clasificación de las cláusulas estatutarias pueden servir para argumentar a favor de la eficacia de los pactos de socios omnilaterales frente a lo establecido en los estatutos sociales. Indirectamente se reconoce que los socios están en libertad de pactar ciertos asuntos que no son de orden público y que afectan únicamente a sus intereses. No debemos ser taxativos en este punto, nosotros consideramos que los socios pueden pactar un sin número de aspectos, como por ejemplo el más controvertido, la forma de organizar la sociedad.
- La Jurisprudencia Austriaca siguiendo la línea de la Alemana se aleja en su argumento de economía procesal y usan el argumento de que al incumplir lo pactado se viola el deber de fidelidad de los socios. Señalan que cuando se trate de sociedades personalista y coincidan la totalidad de las partes firmantes del pacto con las firmantes del contrato de sociedad, dichos acuerdos no pueden ser considerados ajenos a la sociedad, sino como elementos integrantes de su ordenamiento jurídico.

Parte de la doctrina española<sup>44</sup> al igual que la sentencia Austriaca, considera que el argumento de la violación del deber de fidelidad es el más correcto a seguir a la hora de defender los pactos de socios.

- La doctrina Italiana no ha sido ajena a este debate que se ha suscitado sobre si los pactos de socios omnilaterales pueden formar parte del ordenamiento jurídico de la sociedad, y así lo confirma un laudo arbitral del 7 de junio de

<sup>43</sup> Sentencia BGH, 2010 Alemania, traducido su resumen en “Jorge Noval Pato, op. cit.”

<sup>44</sup> Ver en este sentido a Cándido Paz- Ares, “*El Enforcement...*”, op. cit. p. 41

2000. El Colegio Arbitral reconoció que el pacto poseía eficacia para integrar la cláusula estatutaria, aquí una traducción de un extracto del laudo:

“La inoponibilidad a la sociedad de un pacto parasocial suscrito (...) por todos los socios de una sociedad de responsabilidad limitada (en la cual, notoriamente se ve el carácter personalista como parte del tipo) sólo podría justificarse si nos adherimos a la teoría realista de la persona jurídica<sup>45</sup>.”

Recordemos que la teoría de la realidad es la propuesta por GIERKE en la que se considera a la persona jurídica como un sujeto autónomo y completamente separado e independiente de sus socios.

El estudio de estas sentencias son de gran importancia ya que; desde teorías actuales del derecho de sociedades van construyendo el camino necesario para el reconocimiento de los pactos de socios omnilaterales como integrantes de la esfera jurídica de la sociedad y nos ayudan a abandonar el prejuicio realista, las viejas concepciones del derecho de sociedades y los dogmas formalistas de los que tanto hemos hablado y que se encuentran tan arraigados todavía en la mentalidad de cierto sector de la doctrina.

---

<sup>45</sup> Lamentablemente los laudos no se publican y aunque hicimos el esfuerzo por conseguirlo no fue posible. En todo caso la traducción que hacemos lo tomamos de un extracto del laudo en italiano citado en el libro Jorge Noval Pato, “op. cit”

## Bibliografía

Alan Schwartz, *Incomplete Contracts*, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW 277–282 (Peter Newman ed., 1998);

Bernard S Black, *Is Corporate Law Trivial? A political And Economic Analysis*, Vol. 84 NORTHWEST. UNIV. LAW REV. 542–597. (1990);

Cándido Paz- Ares, *Sobre la infracapitalización de las sociedades*, in ANUARIO DE DERECHO CIVIL N°4 1587–1640 (V. 36 ed. 1983);

Cándido Paz- Ares, *¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)*, in TRATANDO DE LA SOCIEDAD LIMITADA 159–205 (Paz- Ares (coord) ed., 1997);

Cándido Paz- Ares, *El Enforcement de los pactos parasociales*, ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA & MENÉNDEZ, 2003, at 19–43;

Cándido Paz- Ares, *La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica. Las cuentas en participación*, in URÍA MENÉNDEZ, CURSO DE DERECHO MERCANTIL I 569–609 (Aranzadi ed., 2ª ed. 1999);

Cándido Paz- Ares, *La cuestión de la validez de los pactos parasociales*, ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENÉNDEZ. , HOMENAJE AL PROFESOR D. JUAN LUIS IGLESIAS PRADA, 2011, at 252–256;

César Drouet Candel, *El voto y sus posibilidades de ejercicio en la Compañía Anónima*, REVISTA DE DERECHO SOCIETARIO, N°7, 2007, at 187–208;

Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Close Corporations and Agency Costs*, 38 STANFORD LAW REV. 205 (1985);

FRANK H. EASTERBROOK & DANIEL R. FISCHEL, THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW (Harvard Un ed. 1991);

Henry Hansmann & R. Kraakman, *What is corporate law?*, 5349 ANAT. CORP. LAW A COMP. FUNCT. APPROACH 1–19 (2004);

John Armour, Henry Hansmann & Reinier H Kraakman, *What Is Corporate Law?*, in THE ANATOMY OF CORPORATE LAW : A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH (2009);

Jorge Egas Peña, *El Status del Accionista (Derechos y Obligaciones de los Accionistas)*, in LA COMPAÑÍA ANÓNIMA, ANÁLISIS SISTEMÁTICOS DE SU NORMATIVA 125 (Ediciones ed. 2006);

JORGE NOVAL PATO, LOS PACTOS OMNILATERALES: SU Oponibilidad a LA SOCIEDAD. (Civitas ed. 2012);

JOSÉ MARÍA BLANCH NOUGUÉS, RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES EN DERECHO ROMANO (Dykinson ed. 2007);

María Isabel Sáez Lacave, *Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces*, INDRET REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO 3, 2009, at 1–30;

ROBERTO SALGADO VALDEZ, TRATADO DE DERECHO EMPRESARIAL Y SOCIETARIO (2015).