



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO

**EL ENCARGO FIDUCIARIO COMO ALTERNATIVA PARA ASEGURAR EL
CUMPLIMIENTO DE PACTOS PARASOCIALES**

AUTOR:

PAOLA DANIELA AYCART VINCENZINI MATA

TUTOR:

Fabrizio Chica Martínez

SAMBORONDÓN, SEPTIEMBRE, 2019

Resumen

Luego del estudio de la figura jurídica, de las teorías de varios autores y después del análisis de legislación comparada se concluye a través del enfoque racionalista, el método inductivo y las técnicas cualitativas, que tanto los acuerdos parasociales como el encargo fiduciario en conjunto se convierten en el medio infranqueable para el cumplimiento de acuerdos de socios. Los pactos parasociales son acuerdos entre socios que pueden diagramar el funcionamiento cuando participan en el capital de una compañía. Al ser la junta general el máximo órgano social de gobierno y a través de esta es posible dirigir, revisar y controlar el desarrollo de la compañía, se tiene, como medio idóneo para cumplir estos acuerdos, al mandato contenido en un encargo fiduciario, caracterizado como irrevocable. A través de estas figuras es como los asociados solucionan hechos o eventos que no pudieron ser previstos ni esperados. La garantía de la irrevocabilidad del encargo fiduciario se convierte en el instrumento para asegurar estos pactos.

Palabras Claves

Acuerdos parasociales, encargo fiduciario, compañías y derecho de voto

Abstract

After the study of the legal figure, of the theories of several authors and after the analysis of comparative legislation, it is concluded through the rationalist approach, the inductive method and the qualitative techniques, that both the parasocial agreements and the fiduciary commission together become in the insurmountable environment for the fulfillment of partner agreements. Parasocial agreements are agreements between partners that can diagram the operation when they participate in the capital of a company. Since the general meeting is the highest corporate governance body and through it it is possible to direct, review and control the development of the company, the mandate contained in a fiduciary assignment, characterized as irrevocable, is the ideal means to fulfill these agreements. Through these figures is how associates solve facts or events that could not be anticipated or expected. The guarantee of the irrevocability of the fiduciary assignment becomes the instrument to ensure these agreements.

Keywords

fiduciary mandate, parasocial contracts, companies and voting power

I. Introducción

Del entorno civil se escindió el Derecho societario, el cual en la actualidad no solo es autónomo sino que se interrelaciona con otras ramas como la bursátil. Es la constante dinámica entre ramas la que produce necesidades y soluciones. Los contratos parasociales y los encargos fiduciarios son una fusión autorizada para solucionar lo que no se ha regulado en la legislación ecuatoriana.

En las compañías anónimas, al igual que en el resto de las compañías, tenemos una relación entre socios o accionistas y la compañía, y entre los mismos con terceros. Los contratos parasociales son el medio idóneo para regular la relación entre socios y, entre estos y la compañía. La manera de reforzar la eficacia de los acuerdos parasociales, es a través del encargo fiduciario, siendo este a su vez, el medio de ejecución y cumplimiento de este acuerdo. Esta revisión busca analizar el concepto y los tipos de acuerdos parasociales, recalcando que los acuerdos antes indicados no solo se centran en los de votación y negociación accionario, sino que, al no haber limitaciones, se basan en la creatividad de los contratantes.

II. Acuerdos parasociales

II.1. Concepto

Martínez concibe a los pactos parasociales como acuerdos entre socios o accionistas que buscan regularizar o normar la relación entre los mismos y la relación de ellos con la sociedad¹. Con estos pactos se persigue regular relaciones que no están incluidas en el estatuto de la sociedad, ya que el mismo regula las relaciones de cada socio con la sociedad, como sujeto de derecho que es. De acuerdo a Mancía, los acuerdos entre socios se realizan a través de un documento privado, en el cual los socios pactan sobre su conducta frente a situaciones específicas, que no están –ni tienen por

¹ MARTINEZ- NEIRA, Néstor, *Cátedra de derecho contractual societario Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios*, 2014, p. 139.

qué estar- dentro del estatuto de la sociedad. Estos buscan evitar futuros conflictos a través de soluciones que se dan en los acuerdos.²

Así como lo establecen Bellocq y Scelza, los acuerdos parasociales son convenios bilaterales o plurilaterales que regulan el ejercicio de derechos, relaciones e intereses entre accionistas que no se regulan en los estatutos sociales. Estos acuerdos pueden incluir reglas sobre el control o la administración de la sociedad. Para estos autores, los acuerdos parasociales son accesorios de los estatutos sociales.³ De la misma forma, Gavaria establece que en los pactos parasociales se pueden establecer acuerdos complementarios que se llaman "paraestatutarios", con los cuales se norman los derechos y la forma de organización futura de la compañía, aun cuando va en contra de los estatutos.⁴

Al contrario de lo que establecen Gavaria, Bellocq y Scelza, los pactos parasociales no son accesorios al contrato de compañía, debido a que, los integrantes del contrato son los socios y no la compañía. Al ser un contrato entre los accionistas solo es oponible para los intervinientes⁵ y no es oponible a la compañía ni a terceros⁶. Si se realiza un acuerdo entre A y B, cuya participación representa el 35% del capital de la compañía XYZ, solo A y B tienen que cumplir con el contrato, no es vinculante ni para la compañía XYZ ni para el resto de los accionistas.

De la misma forma, Paz-Ares establece que las partes de este acuerdo deben ser una parte o la totalidad de los accionistas de una sociedad.⁷ La validez de estos pactos no depende de la cantidad de socios que lo suscriben, ni si estos son accionistas

² MANCIA, Pablo, *Tipos de pactos de socios*, s.f.

³ BELLOCQ, Pedro y SCELZA, Francisco, *Los convenios de accionistas, una herramienta útil pero delicada*, 2011, pp. 28-29.

⁴ GAVIRIA, Enrique, *Apuntes sobre el Derecho de las Sociedades*, 2004, p. 55.

⁵ Artículo 1454 del Código Civil promulgado en el Registro Oficial 46 del 24 de junio del 2005

⁶ Artículo 191 de la Ley de Compañías promulgado en el Registro Oficial 215 del cinco de noviembre de 1999

⁷ PAZ- ARES, Cándido, 2003, *El enforcement de los pactos parasociales*, 2003, p. 19.

mayoritarios o minoritarios. Los acuerdos parasociales pueden ser sobre cualquier contenido que los accionistas o socios consideren importante. Por ejemplo, la elección de órganos administrativos de la sociedad; y, como cualquier convenio, éste debe ser lícito y no ir en contra de los estatutos sociales.⁸

Los acuerdos entre accionistas, a diferencia de los estatutos sociales, pueden ser alterados con el simple consentimiento de todas las partes por escrito. De acuerdo a Martínez, los acuerdos entre accionistas o los pactos entre accionistas buscan regularizar la relación entre los socios o accionistas de una sociedad y la de los mismos frente a la sociedad en ámbitos que no incluye los estatutos de la misma⁹.

El objetivo de estos contratos, así como lo establece Madrilejos, es la normativa o la regulación que pueden generar los pactos societarios en base a las necesidades de la empresa. Estos pactos permiten alteraciones de las reglas relativas obligatorias que generan las compañías. Asimismo, estas relaciones pueden terminar, generarse, o modificarse dependiendo de la necesidad de los intervinientes sin necesidad de unanimidad debido a que con la adopción de la mayoría es suficiente.¹⁰

II. 2. Modalidades de los acuerdos para sociales

De la forma en la que lo establece Zaldívar existen dos modalidades: de mando o voto y de bloque.¹¹ En la modalidad de mando, el objetivo es la autorregulación de la sociedad. Esta autorregulación se basa en el poder de decisión y composición del órgano de autoridad, que a su vez, se clasifica de cuatro maneras¹². Primera, por la situación de las acciones sindicadas, a través de depósitos de títulos o sin depósitos de títulos. Segunda, por la clase de acciones, a través de sindicatos de acciones ordinarias de voto plural,

⁸ PAZ- ARES, 2003, p. 19.

⁹ MARTINEZ- NEIRA, 2014, p. 139.

¹⁰ MADRIDEJOS, José, Los pactos parasociales, 1998, P. 194

¹¹ ZALDIVAR, Enrique, *Conflictos Societarios*, 2009, pp. 94-95.

¹² *Ibíd*em

nominativo o de acciones al portador. Tercera, por la naturaleza del compromiso, a través de sindicatos con compromiso de entrega de los títulos para que el síndico vote por las acciones sindicadas, sindicatos de compromiso de voto del propio accionista o de compromiso de poder a favor del síndico¹³. Cuarta, por el límite en el tiempo, en sindicatos para un solo acuerdo social o para un tiempo determinado.

La modalidad de los síndicos de bloqueo, que consisten en limitaciones o condicionamientos a la transmisibilidad de tenencias accesorias de los integrantes del sindicato a terceros no sindicados, otorgando o no derechos de opción de compra preferente a sus adherentes, también compiten, en ciertos casos, restricciones relativas a las acciones que los sindicatos pueden adquirir en el futuro.¹⁴ De acuerdo con la Doctrina societaria número 145 de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la sindicalización de acciones está prohibida en el Ecuador.¹⁵

Una distinta forma de dividirlos sería, de acuerdo a Giorgio Oppo, quien establece que existen tres tipos de pactos parasociales, que son los pactos de relación, de atribución y de organización¹⁶. Los de relación, presentan neutralidad frente a la compañía debido a que establece reglas entre los socios directamente, no produce efectos en el ámbito social. Como ejemplo del apartado anterior, se da el caso del *Russian Roulette provision*, que es cuando un accionista cede sus acciones bajo las mismas modalidades o condiciones que el tiene. Por consiguiente, si dicho accionista era parte de un contrato parasocial el cesionario también lo fuera. Otro caso de los pactos de relación sería cuando los pactos condicionan la cesión, como por ejemplo,

¹³ *Ibidem*

¹⁴ LUCEÑO, José, *Los pactos parasociales como instrumento de protección de socio minoritario: una propuesta de contenido mínimo*, 2010, p. 1

¹⁵ Mediante resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2016-014, de fecha 29 de diciembre del 2016 la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros suprime todas las Doctrinas Jurídicas emitidas por la misma institución. El tres de octubre del 2018 a través de la resolución SCVS-INC-DNCDN-2018-0036 se dispone la vigencia de las doctrinas societarias debido a que son una fuente formal del derecho y se deroga la primera resolución.

¹⁶ OPPO, Giorgio, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, F. Vallardi, p. 6-12.

exija algún tipo de preparación académica. Se daría esto si se tiene una compañía industrial y se acuerda entre todos los accionistas solo ceder las acciones a personas que tengan el título de ingeniero. En el caso del Ecuador, la Ley de Compañías en su artículo 191, establece que "...[s]erán válidos los pactos entre accionistas que establezcan condiciones para la negociación de acciones...".¹⁷

En cambio, son de atribución cuando los socios se comprometen a realizar una prestación a favor de la sociedad. Por ejemplo, suscribir un aumento de capital si se cumplen ciertas circunstancias, o para otro fin específico. Si la compañía ABC S.A., es consciente que, debido a las situaciones de mercado, en los primeros años de venta de sus productos tendrán ganancias pero a partir del tercero tendrán pérdidas y deciden realizar un pacto parasocial. Los accionistas de dicha compañía, deciden realizar un pacto parasocial omnilateral, es decir, entre todos los accionistas, para realizar un tipo de reserva especial para resguardar parte de las ganancias de los dos primeros años para que así cuando lleguen al tercer año no tener pérdidas y no entrar en disolución.

Por otro lado, son de organización cuando los socios regulan el funcionamiento, sistema de toma de decisiones y la Junta General de la sociedad. El objetivo de estos pactos son el control de la sociedad¹⁸. Los socios se obligan a votar en un determinado sentido, esto generalmente se hace a través de convenios de votos. En esta modalidad recaen varios ejemplos, uno de ellos sería establecer cláusulas específicas para la liquidación de la sociedad. Por ejemplo, si A, B ,C y D se juntaron y crearon una compañía para la plantación y venta del banano, todos decidieron que si en cuatro años no recuperaban su inversión y cada uno adquiere una ganancia de 40,000 dólares realizarán el trámite de cancelación de la compañía y cada uno volvería a sus trabajos.

¹⁷ Artículo 191 de la Ley de Compañías promulgado en el Registro Oficial 215 del cinco de noviembre de 1999.

¹⁸ Paz- Ares (No.2), p. 20

Si pasan los cuatro años y solo se dio una ganancia de 10,000 dólares, por lo tanto, A decide que se procederá a cancelar la compañía. Es importante recalcar, que para Oppo¹⁹, los pactos parasociales no pertenecen al derecho corporativo sino que pertenecen al derecho de obligaciones. Para exigir su cumplimiento se acude al Código Civil no a la Ley de Compañías.

II. 3. Limitaciones

De acuerdo con el Art. 136 de la Ley de Compañías, es nulo cualquier pacto social que sea reservado.²⁰ La Ley de Compañías, en su Art. 221, establece que toda cláusula o pacto que limite, elimine o reduzca los derechos atribuidos a las minorías será nula²¹. De la misma forma, el Código Civil establece en su Art. 1461 que para que un contrato sea válido, las personas que lo contratan tienen que ser legalmente capaces, que el consentimiento no adolezca de vicios, objeto y causa lícita²². Si es un acto societario debe ser por escritura pública para no recaer en la nulidad²³. Otra limitación sería que el derecho de minoría no puede ser conculcado²⁴. Tampoco cabe olvidar que mediante los pactos parasociales se pretende mejorar tanto el funcionamiento como la producción económica de la compañía.

III. Legislación comparada

En la legislación colombiana, como lo explica Camargo, los pactos parasociales no pueden ser realizados por los administradores que sean accionistas de la sociedad, bajo ninguna circunstancia.²⁵ Colombia desarrolla más su concepto de pacto parasocial

¹⁹ Giorgio Oppo, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, F. Vallardi, p. 6-12.

²⁰ Artículo 136 de la Ley de Compañías promulgado en el Registro Oficial 215 del cinco de noviembre de 1999.

²¹ “...Será nula toda cláusula o pacto que suprima o disminuya los derechos atribuidos a las minorías por la Ley...” Artículo 221 de la Ley de Compañías

²² Artículo 1461 del Código Civil promulgado en el Registro Oficial 46 del 24 de junio del 2005

²³ Artículos 136 y 146 de la Ley de Compañías

²⁴ Artículo 221 de la Ley de Compañías

²⁵ AMARGO-AGUDELO, Magda, *Los pactos de socios en el derecho colombiano*, 2017, pp. 24-27

a través de acuerdos de votos. Esto produce que dos o más socios que no sean administradores de la sociedad celebren acuerdos a través de los cuales se obligan a votar de igual o de determinada manera y esta estipulación permite que uno o más de ellos o un tercero lleve la representación de todos a la reunión o reuniones de la asamblea.²⁶

El hecho de que esté normado el acuerdo al voto no incluye que los otros aspectos de este tema están prohibidos, sólo significa que hay un silencio de la ley sobre este tema generando que puedan existir pactos parasociales de otros tipos mientras que incluyan un objeto lícito y que no vaya en contra de los estatutos societarios. Lo que sí establece la doctrina, es que los pactos que realicen ciertos socios no tienen carácter vinculante frente a la compañía ni los demás asociados.²⁷

Asimismo, Colombia establece dos requisitos esenciales para que el acto produzca efecto. El primero, es que debe ser por escrito. El segundo, se basa en la publicidad, este pacto debe ser entregado al representante legal para que realice su depósito ante la administración de la sociedad. Al no entregarse al representante legal se produce que sea inoponible a la sociedad. En ciertos casos, la ley colombiana, prevé que este último requisito sea obligatorio y si no se cumple produce que el pacto sea ineficaz.

Al cumplir con los requisitos de publicidad se produce que la sociedad tenga que respetarlo. Pero los perjuicios del mismo solo son de los socios que son parte del mismo. En el caso en el que exista un acuerdo y no se respete se podrán declarar nulos los actos y las obligaciones que se generan de los mismos, cuando se cumplieron con los requisitos pertinentes.²⁸ Esto se dio en Colombia en la sentencia número 801-016²⁹

²⁶ *Ibíd*

²⁷ REYES-VILLAMAR, *Derecho Societario*, 2016, p. 644

²⁸ HENAO, Lina. *Los pactos parasociales*, 2013, pp. 193-194

²⁹ CAMARGO-AGUDELO, Magda, *LOS PACTOS DE SOCIOS EN EL DERECHO COLOMBIANO*, 2017, p.38

de abril del dos mil trece, el demandado establece que había un acuerdo entre accionista de la sociedad que se incumplió y como efecto de esto se reformaron los estatutos, se aumentó el capital autorizado y se reglamento la colocación y venta de acciones.

Al ser incumplido el acuerdo, la Superintendencia de Sociedades declaró la nulidad absoluta de la decisión de la junta y dejó sin efecto todo lo aprobado. Esta nulidad se generó después de computar los votos, esta es la única forma de que se produzca efectos en la sociedad. Judicialmente tienen que ser removidos los votos emitidos en contra del acuerdo oponible, si con esto no se llega a la mayoría legal o estatutaria la decisión de la asamblea está viciada de nulidad absoluta.

Con base en las sanciones por inobservancia de los acuerdos parasociales, la legislación colombiana, establece que, si se presentó el acuerdo al representante legal, la persona que presida la asamblea u órgano de deliberación de la sociedad no debió contar el voto que se realizó en contra del acuerdo. Asimismo, si esto no llega a suceder, se puede ejecutar forzosamente el voto que se establece en el acuerdo ante la Superintendencia de Sociedades. Las sanciones por la inobservancia serán las que establece el Código Civil por incumplimiento del contrato.³⁰ En el Ecuador, en el caso de contratos bilaterales sería la condición resolutoria, que confiere al otro contratante el poder para exigir o la resolución o el cumplimiento, más la indemnización de perjuicios.³¹

En España los acuerdos parasociales se encuentran legislados a través del Código de Comercio. España exige que los pactos entre socios se establezcan en la escritura pública de constitución. Cualquier pacto reservado entre socios será inoponible. Produciendo que cualquier pacto reservado tenga la sanción de nulidad relativa. Sin embargo, el Tribunal Supremo Español, en el caso *Munaka*, concluye que

³⁰ CAMARGO-AGUDELO, Magda, 2017, pp.37-38

³¹ Artículo 1505 del Código Civil

cuando el pacto parasocial es omnilateral, es decir, entre todos los accionistas de la compañía, y se realiza a través de una junta universal es considerado un acuerdo informal que no puede ser ajeno a la compañía y es vinculante para la misma.³²

En Estados Unidos, los acuerdos parasociales se encuentran regulados, y, aunque el concepto puede ser diferente, los tipos son los mismos: acuerdos de voto, acuerdos de representación y trust de voto. Los acuerdos de voto son cualquier convenio entre dos o más accionistas que establecen de qué forma van a votar sobre un tema o temas en particular.³³ Son oponibles a la sociedad como a los accionistas suscriptores si se cumplen todos los requisitos.

Para su validez, en el caso de la *Model Business Corporation Act*, debe constar en los estatutos sociales de la compañía y ser aprobado por todos los accionistas, o estar en escrito firmado por todos los accionistas y ser puesto a disposición de la sociedad. Segundo, estar sujetos a modificaciones que realizarán quienes sean los accionistas en ese momento. Tercero, ser válido por un término de diez años salvo acuerdo contrario de las partes. Cuarto, tiene que referirse a una sociedad que no cotice en bolsa.³⁴ En cambio, de acuerdo al *Delaware General Corporation Law*³⁵, debe constar por escrito, ser puesto a disposición de la sociedad, estar sujeto a modificaciones que corren con los mismos requisitos que el acto y ser válido por el tiempo que las partes determinen.

Luego, se encuentran los acuerdos de representación, en estos los accionistas deciden en qué sentido votar y otorgan un poder irrevocable a una o más personas, que pueden ser accionistas o no, para que voten a su nombre. Para que estos acuerdos sean válidos, debe constar por escrito, debe ser firmado por el accionista, tiene que tener un

³² OLMOS, Vicente, *los pactos parasociales, una visión histórico- práctico*, 2017, pp. 43-44

³³ Corporation Law Committee of the Association of the Bar of the City of New York, *The Enforceability and Effectiveness of Typical Shareholders Agreement 1 Provisions*, 2010, p. 1155

³⁴ REYES, Francisco, *Derecho societario en Estados Unidos y en la Unión Europea*, 2013, pp. 204-207

³⁵ *Ibidem*

plazo, debe ser irrevocable y existir un interés legal para justificar esta condición y debe ser presentado ante la sociedad.³⁶

El último tipo es el *trust* de voto. Es un acuerdo mediante el cual uno o más accionistas transfieren sus acciones a un *trustee*. Este trustee votará en las reuniones de la junta en base al acuerdo. El trustee es dueño (titular legal) de las acciones y el accionista tiene el usufructo de las mismas (es su titular económico), por lo tanto, el accionista no tiene como exigir algo diferente a lo que establezca el acuerdo.³⁷

Puede destacarse que tanto en Estados Unidos como en España la evolución con respecto a la licitud o ilicitud de los pactos parasociales han cambiado casi que con la misma línea, y pese a ser dos tradiciones jurídicas completamente distintas. Así, inicialmente, y por motivos meramente institucionales, se consideraba que estos pactos eran ilícitos por cuanto podían alterar la propia estructura de las sociedades anónimas desde una perspectiva imperativista. Posteriormente esa posición se modificó poco a poco, alcanzando finalmente un criterio donde se considera la licitud de los mismos, siempre que sean sociedades anónimas cerradas y el pacto sea omnilateral –es decir, de todas las partes-. Ello se enfocó desde una posición meramente contractualista, donde el pacto formaría parte de los propios estatutos o contratos sociales.³⁸

En cuanto a Alemania, no se encuentra disponible en español abundante doctrina y jurisprudencia que desarrolle el tema, y la disponible generalmente aprueba la posibilidad de que los pactos parasociales sean válidos. Pese a ello, la Aktiengesetz, ley que regula las sociedades limitadas y limitadas por acciones en Alemania, en el §136.2, manifiesta que todo contrato por medio del cual un accionista, previamente, determine el sentido de su voto puede ser nulo cuando este siga las instrucciones de la

³⁶ REYES, Francisco, *Acuerdos privados entre asociados*, 2005, pp. 183-205.

³⁷ *Ibidem*

³⁸ LAGOS VILLARREAL, Osvaldo. La cuestión de la licitud o ilicitud de los pactos de accionistas relativos al voto de directores de sociedades anónimas, 2019, p.11

sociedad, el consejo de vigilancia, la dirección o de una empresa dependiente, o que busque favorecer las propuestas del consejo de vigilancia o la dirección. De forma similar, el §405.3 tipifica como infracción administrativa a los accionistas o representantes que, mediante la oferta de ventajas especiales, utilicen acciones de otros para ejercer los derechos en las Juntas de accionistas.³⁹ De ello puede interpretarse que el ordenamiento jurídico alemán no prohíbe la realización de estos pactos, siempre que no trasgredan “*la ley*, los estatutos, las buenas costumbres o el deber de fidelidad de los accionistas, sin que se ate su licitud a la observancia de deberes de información o publicidad”.⁴⁰

En el caso de Perú, todo accionista que pueda participar en una junta general puede hacerlo a través de un mandante. Esta representación puede ser limitada por los estatutos de la sociedad, ya sea, a favor del administrador, socio o al representante legal. Para que el acuerdo sea válido tiene que ser por escrito y con especificaciones concretas para cada junta, a menos de que sea a través de escritura pública. De la misma manera, exigen la publicidad, debe ser presentado a la sociedad veinticuatro horas antes de la celebración de la junta general.⁴¹

Panamá realiza los pactos parasociales a través de la fiducia. Los accionistas, que no sean administradores, pueden facultar a un fiduciario a votar en nombre y en lugar del dueño. Se nombra a un fiduciario pero no se transfieren las acciones. Para que este pacto tenga validez debe ser por un plazo determinado. El fiduciario sólo puede actuar con base en las condiciones establecidas en el contrato. Los otros accionistas pueden adherirse al pacto mencionado con posterioridad a su celebración.⁴²

³⁹ HENAO, 2018, p.188

⁴⁰ Ibidem, 2018, p.189

⁴¹ CUADRA, Santiago y MARIAN Amparo, *La protección del inversor en Iberoamérica*, 2015, p.289.

⁴² Ibidem p. 304.

Estos pactos deben estar en el libro de accionistas, a través, de un registro especial. En este registro se deben detallar las condiciones y las partes que intervienen. Es decir, cumplen con un requisito de publicidad, que se da a través de una segunda copia auténtica del pacto que debe entregarse a la sociedad.⁴³

IV. Encargo fiduciario

De acuerdo al Art. 114 del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero –en adelante, LMV-, el encargo fiduciario tiene los mismos elementos subjetivos del contrato de fideicomiso pero en ellos no existe transferencia de bienes. Es decir, es un contrato escrito y expreso, no está permitido que sea secreto, donde el constituyente instruye al fiduciario para que cumpla diversos fines a cuenta del primero, dentro de un plazo o condición específicos y, sobre todo, de manera irrevocable.⁴⁴

IV.1. Un aspecto sobre su origen

El encargo fiduciario nace en el Derecho Romano, a través de dos figuras llamadas fideicommissum y pactum fiduciae⁴⁵. El primero, consiste en un mecanismo para transferir la propiedad por causa de muerte. El testador le encargaba a una persona determinada para que ejecute su voluntad y le entregue un bien en particular a su sucesor.

El segundo, que se asemeja más a lo utilizado en la actualidad, era un acto entre vivos, a través del cual el propietario del bien o bienes encargaba –entregando- a un tercero su administración, a través de condiciones o disposiciones específicas. Esto incluía un fin determinado, que fenecía con un plazo o con el cumplimiento de la condición. Se utilizaba como una garantía.⁴⁶

⁴³ *Ibidem* p. 305

⁴⁴ Artículo 114 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado de Valores promulgado en el Registro Oficial 215 del 22 de febrero del 2006

⁴⁵ ODERIGO, Mario, *Derecho Romano*, 1973, p.427.

⁴⁶ *Ibidem*, p.427.

IV.2. Características

Así como lo establece el Art. 114 LMV, anteriormente referido, están prohibidos los encargos fiduciarios secretos. Debe celebrarse por escrito y en él se debe establecer la finalidad que pretende el constituyente. Tanto el/los constituyente/s como el/los beneficiario/s pueden ser personas naturales, jurídicas, privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica.

El encargo fiduciario se perfecciona celebrándolo por escrito y en forma expresa. El vínculo que se crea entre las partes es irrevocable y temporal. La diferencia entre el encargo y el fideicomiso es que en el encargo fiduciario los bienes no se transfieren a un patrimonio autónomo e independiente, sino que solo se realiza la entrega de dichos bienes al fiduciario con el fin de que éste ejecute las instrucciones impartidas por el constituyente a favor del beneficiario. Por disposición expresa del artículo 114 LMV en los encargos fiduciarios se aplican las reglas del mandato civil y de la comisión mercantil, en cuanto no sean incompatibles con la LMV.

Con base en las reglas del mandato civil, el encargo fiduciario es un contrato generalmente oneroso, percibe un honorario como contraprestación a su gestión.⁴⁷ Este tercero que realiza el negocio fiduciario, es un tercero imparcial, ajeno a la compañía, que presta sus servicios profesionales para realizar explícitamente lo que solicita el constituyente a través del encargo.

Sin perjuicio de lo anterior, la fiduciaria tiene los mismos deberes y obligaciones que cuando administra un fideicomiso mercantil, con la única diferencia que el constituyente sigue siendo propietario de los bienes cuya administración entregó temporal e irrevocablemente al fiduciario, por consiguiente, no se establece un

⁴⁷ Artículo 2020 del Código Civil promulgado en el Registro Oficial 46 del 24 de junio del 2005

patrimonio independiente ni se configura una persona jurídica alguna⁴⁸. Siendo de carácter irrevocable, este mandato sólo puede ser modificado si las partes, de común acuerdo, lo aceptan; es decir, la sola voluntad unilateral del constituyente no puede modificar lo pactado. Esta característica lo diferencia del mandato civil, que por su esencia es un contrato revocable⁴⁹.

Igualmente, al no pasar a ser parte del patrimonio de un fideicomiso mercantil, cabe recordar que los bienes entregados dentro de un encargo fiduciario no tienen el carácter de inembargables. Es decir, aunque la fiduciaria tenga la custodia y administración de los bienes estos pueden ser objeto de medidas cautelares y embargos que vayan dirigidos contra los bienes del constituyente, por acreedores del constituyente.

No menos importante resulta desatacar que, generalmente, a través de un encargo fiduciario es posible y lícito provocar que quien no ha dejado de ser propietario de un bien, por haberlo entregado en un encargo fiduciario, sin embargo deje de controlarlo, ya que uno de los efectos del encargo fiduciario es que el constituyente pierde temporal e irrevocablemente su capacidad de administrar sus propios bienes (los que aporte para constituir el encargo o posteriormente).

V. Situación jurídica del Ecuador

V. 1. El derecho a voto en junta general

Un punto de convergencia entre el contrato parasocial y el encargo fiduciario puede ser el refuerzo de la votación social. Ordinariamente, lograr una determinada resolución de junta general puede ser el objeto de interés legítimo de más de un socio, pero si ese socio no cuenta con una participación suficiente, con su solo voto tal vez no consiga que la junta general resuelva a favor de aquello que estima acorde a sus

⁴⁸ Artículo 114 artículo 188 de la LMV.

⁴⁹ Artículo 2067 del Código Civil

intereses legítimos. Pero ese socio también puede acordar con otro/s que juntos voten a favor de determinada moción y con sus votos representen la participación en el capital que se necesita para que la junta general resuelva a favor de sus intereses legítimos como socios. Sin embargo, aún en ese caso, aquello que pacten dichos socios en su acuerdo, solamente queda comprendido como un contrato ordinario, ahora expuesto a la contingencia de los efectos negativos por la verificación del incumplimiento de lo inicialmente acordado por una o varias partes. Es decir, un pacto parasocial, como contrato ordinario, si bien puede representar un compromiso por parte de esos socios, tampoco garantiza que se cumpla eficientemente lo acordado.

V. 2. Los pactos parasociales y sus límites

Los pactos parasociales no pueden ir en contra de la normativa ecuatoriana ni de los estatutos. Lo que establece la Ley de Compañías, sobre que los pactos sociales deben ser reservados, no recae sobre los pactos parasociales, debido a que, los pactos parasociales son un pacto entre asociados no un contrato social⁵⁰. Los accionistas o socios que realizan un pacto parasocial lo realizan por sus propios derechos, no por los de la compañía.

Siendo el contrato parasocial un contrato innominado, sus requisitos son los genéricos, los que establece el Código Civil⁵¹. La base de la existencia de estos pactos es la autonomía de la voluntad, por ende, su único límite será la ley, el derecho ajeno y el orden público. Esto a su vez, produce que se rija por las normas contractuales, las que son ley para las partes. Debido a que, en el Ecuador, las opiniones doctrinales, la legislación comparada o las sentencias extranjeras son un referente y como existe una falta de normativa se aplican los principios universales del derecho.

⁵⁰ NOBOA, Paúl *Oponibilidad de los pactos parasociales bajo el ordenamiento ecuatoriano*, 2018, p.4

⁵¹ Artículo 1461 del Código Civil

VI. La posibilidad de reforzar el cumplimiento de pactos parasociales contratando un encargo fiduciario

Como se puede inferir del Código Civil⁵², es el libérrimo uso de la autonomía de la voluntad lo que da paso libre a la implementación de los acuerdos parasociales. Verbigracia, por un acuerdo entre socios ellos buscan obligarse a votar en igual sentido sobre algún aspecto de interés legítimo y común que se someterá a deliberación dentro de una sesión de junta general. Entonces, ellos acuerdan su pacto parasocial contratando un encargo fiduciario, entregan sus títulos de acción al fiduciario que contraten para el efecto, y éste, aceptando, se obliga con ellos a cumplir las instrucciones de dichos constituyentes; por lo que, para ejercer el derecho de voto que tiene cada uno de los constituyentes como socios que son en el mismo capital, el fiduciario acudirá a la sesión de junta general como representante de todos ellos (los constituyentes), participará en las deliberaciones en tal calidad y votará conforme se lo hayan instruido irrevocablemente los constituyentes, logrando así una resolución dentro de dicha junta general; que era la finalidad que buscaban los socios y por la que, bajo otras circunstancias habrían acordado simplemente, y solo entre ellos, un pacto parasocial, que quedaba sujeto a la contingencia del incumplimiento contractual ya que cada accionista conservaba sus títulos de acción y podía quebrantar su contrato con los demás accionistas, claro está, asumiendo las cargas y el costo del incumplimiento.

En el ejemplo propuesto debe destacarse que, gracias al carácter temporal e irrevocable que tiene todo encargo fiduciario, ninguno de los socios -en el caso- podía retractarse –unilateralmente- de lo acordado. Situación que constituye una contingencia a la que están expuestos los pactos parasociales en nuestro país, ya que al carecer de una regulación especial que refuerce eficientemente el carácter vinculante de ese tipo de

⁵² Artículo 1453 del Código Civil

obligaciones, una solución para administrar ese riesgo puede establecerse al conferir el control del cumplimiento de lo pactado a un mandatario –tercero, imparcial- con carácter temporal e irrevocable, más aún cuando el encargo fiduciario no distrae a cada socio de la propiedad de sus acciones en el capital de la compañía en la cual participan como socios. De la misma forma, es importante recalcar, que el accionista o el socio no pudiera transferir sus acciones porque no posee sus títulos de acción, ya que la tenencia de las mismas la tiene la fiduciaria, hasta que se cumpla el plazo o la condición⁵³, por lo que además de suscribir el encargo fiduciario, resulta conveniente comunicar al representante legal de la compañía, en cuyo capital participan esos accionistas (constituyentes del encargo), que se ha celebrado un encargo fiduciario y que a la sesión de Junta General asistirá la fiduciaria como representante de todos ellos.

VII. Conclusiones

Siendo una realidad que ni la Ley ni los contratos pueden prever hechos o circunstancias fuera de lo común u ordinarios, se encuentra en el pacto parasocial y en el encargo fiduciario una vía extraordinaria para regular y cubrir los vacíos legales tanto como los fácticos. Esto produce que se convierta en un imperativo su uso mientras no se legisle. Ahora bien, a través de doctrina comparada se puede llegar al consenso de que existe una libertad de negociación accionaria y votación, lo cual, bajo ningún concepto es lo único a lo que se puede llegar a contratar parasocialmente. Más aun, cuando los socios pueden hacer uno o varios acuerdos sobre distintas necesidades mientras que no sean contradictorios.

Los contratos parasociales al ser innominados se regulan por las cláusulas insertas, las cuales serán ley para las partes y al juntarlo con el encargo fiduciario, que es temporal e irrevocable, se tiene que ser absolutamente concisos para su realización.

⁵³ Si no hay título no hay endoso, artículo 188 de la LMV.

Una sugerencia, sería solicitar a la Cámara de Comercio o a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros la difusión de principios con normas esenciales, las que pueden ser adecuadas a las necesidades de los contratantes.

VIII. Referencias bibliográficas

BELLOCQ, Pedro. y SCENZA, Francisco. *Los convenios de accionistas, una herramienta útil pero delicada*. Revista de Antiguos Alumnos del IEEM (4), México: 2011. 28-29 p.

CAMARGO AGUDELO, Magda Liliana. Los pactos de socios en el derecho Colombiano, 135 Universitos, (2017), pp. 37-38. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj135.psd>

Corporation Law Committee of the Association of the Bar of the City of New York, “The Enforceability and Effectiveness of Typical Shareholders Agreement 1 Provisions”, The Business Lawyer, Vol. 65, 2010, p. 1155

Código Civil promulgado en el Registro Oficial 46 del 24 de junio del 2005

Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado de Valores promulgado en el Registro Oficial 215 del 22 de febrero del 2006

CUADRA, Santiago y MARIAN Amparo, *La protección del inversor en Iberoamérica*, Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores. 2015, 289-304 pp.

GAVIRIA, Enrique. Apuntes sobre el derecho de las sociedades. Señal Editora, 2004. p.55. ISBN 9589100562

HENAO, Lina. Los pactos parasociales, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, julio-diciembre, 2013, 187-188 p.

Ley de Compañías promulgado en el Registro Oficial 215 del cinco de noviembre de 1999

LUCENÑO OLIVA, José Luis. “Los pactos parasociales como instrumento de protección de socio minoritario: una propuesta de contenido mínimo”, en La Ley (en línea), 2010, n. 7422, 1.

MADRILEJOS, JOSÉ. *Los pactos parasociales*. Anales de la Academia Matritense del Notariado, ISSN 0210-3249, Tomo 37, 1998

MANCIA, Pablo. *Tipos de pactos de socios*, Delvy Law & Finance. 2019

MARTINEZ- NEIRA, Néstor, *Cátedra de derecho contractual societario Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios*. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia, Facultad de derecho, 2014, p. 139.

NOBOA, Paul. *Oponibilidad de los pactos parasociales bajo el ordenamiento ecuatoriano*. Quito: 2018. p. 4

OPPO, Giorgio *Contratti parasociali*, Milano: 1942, F. Vallardi, p. 6-12

OLMOS, Vicente. *Los pactos parasociales, una visión histórica-práctica*. Universidad Internacional de la Rioja. 2017.

Oderigo Mario, *Derecho Romano*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1973, 427 pp.

PAZ- ARES, Cándido, El enforcement de los pactos parasociales, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*. 2003, N.O 5/2003

PAZ- ARES, Cándido. *La Cuestión de Validez de los pactos parasociales*. En: Homenaje al professor D. Juan Luis Iglesias Prada. 2011.

REYES-VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario*, I Edición. 644. Bogotá: 2016

REYES, Francisco, *Acuerdos privados entre asociados*, Derecho societario, I, 2005, pp. 183-205. ISBN 9587670477

REYES, Francisco, *Derecho societario en Estados Unidos y en la Unión Europea*, 2013, p. 204-207. ISBN 9587670477

ZALDIVAR, Enrique, citado por Muguillo, Roberto. *Conflictos Societarios*. Editorial ASTREA, Buenos Aires – Argentina, 2009, pp. 94-95.